Die notwendige Streitgenossenschaft im Sinne des § 62 C. P. O.

DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE

VERFASST UND EINER

HOHEN JURISTISCHEN FACULTÄT

ZU ROSTOCK

VORGELEGT VON

BENNO LEVETZOW

REFERENDAR.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

BERLIN.

BUCHDRUCKEREI VON J. S. PREUSS

Kommandantenstrasse 14.

Seiner lieben Mutter.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0197

Inhaltsangabe.

§ 1 A. Gegenstand der Arbeit.
B. Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft.
§ 2 I. Allgemeines über die notwendige Streitgenossenschaft.
§ 3 II. Die beiden Arten der notwendigen Streitgenossenschaft.
§ 4 a) Die Streitgenossenschaft bei Notwendigkeit einheitlicher Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses.
§ 5 b) Die „aus sonstigem Grunde“ notwendige Streitgenossenschaft.
§ 6 III. Dauer der notwendigen Streitgenossenschaft.
C. Wirkungen der notwendigen Streitgenossenschaft.
I. Die fingierte Vertretung im Allgemeinen.
a) Begründung der Theorie.
§ 7 1. Die Hauptansichten über den Inhalt des § 62 C. P. O.
§ 8 2. Geschichtliche und begriffliche Kritik derselben.
§ 9 3. Die verschiedenen Theorien.
§ 10 b) Zweck der fingierten Vertretung.
II. Der Umfang der fingierten Vertretung
a) im Termine
§ 11 1. bei Prozess betreibenden Handlungen, insbesondere bei Beweishandlungen.
§ 12 2. bei Prozess beendenden Handlungen.
§ 13 3. bei partieller Versäumnis.
§ 14 4. bei Unterbrechung eines Rechtsstreits.
§ 15 b) innerhalb einer Frist.

Abkürzungen.

1. Archiv für die civilistische Praxis = Arch. f. d. c. P.
2. Busch (Schultzenstein & Vierhaus): Zeitschrift für deutschen Civilprozess = Z.
3. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen = R. G.
4. Juristische Wochenschrift = J. W.
5. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte = Seuff. Arch.

Litteratur.

	Titel des Werkes.	Citiert.
1.	v. Amelunxen, Die sog. notwendige Streitgenossenschaft	v. Amelunxen.
2.	Annalen der Grossh. Badischen Gerichte	Bad. Ann.
3.	Archiv für das Civil- und Kriminalrecht der Kgl. Preuss. Rheinprovinz	Rhein. Arch.
4.	Barazetti, Zur Lehre von der Streitgenossenschaft nach der R. C. P. O. Badische Annalen, Bd. 50	Barazetti.
5.	Barth, Kommentar zur Bayr. P. O.	Barth.
6.	Bayerische Prozessordnung von 1869.	Bayr. P. O.
7.	Birkmeyer, das Offizialverfahren im Civilprozesse	Birkmeyer Z. VII.
8.	Birkmeyer, Grundriss und Materialien zur Vorlesung über den ordentlichen Civilprozess	Birkmeyer, Grundr.
9.	Boitard, Leçons sur le code de procedure civile V. Aufl.	Boitard.
10.	Bolgiano, Handbuch des Reichscivil-Prozessrechts	Bolgiano.
11.	Bülow, Civilprozessualische Fictionen und Wahrheiten	Bülow, Arch. f. c. P. Bd. 62.
12.	Bülow, Dispositives Civilprozessrecht	Bülow, Arch. f. c. P. Bd. 64.
13.	Bülow, Die Lehre von den Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen	Bülow.

	Titel des Werkes.	Citiert.
14.	v. Canstein, Streitgenossenschaft und Nebenintervention	v. Canstein.
15.	v. Canstein, Anerkenntnis und Geständnis	v. Canstein Z. I.
16.	v. Canstein, Die Stellung des Nebenintervenienten	v. Canstein Z. VIII.
17.	v. Canstein, Grundlagen des Contumacialrechts	v. Canstein Z. XVI.
18.	Demelius, Die Rechtsfiction in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung	Demelius.
19.	Drechsler, über die Begriffe Civilprocess und Rechtsstreit, Archiv für civilistische Praxis, Bd. 64	Drechsler
20.	Dreyer, Zu § 59 der C. P. O. Bei Gruchot Bd. 38.	Dreyer.
21.	Entwurf einer allgemeinen Deutschen Civilprozessordnung nach den bei der ersten Lesung gefassten Beschlüssen herausgegeben von Petersen & Struckmann 1864, nach den Beschlüssen der zweiten Lesung herausgegeben von Struckmann 1866. Dazu die Protokolle der Kommission 1862—65	Hann. E. I. Hann. E. II. Hann. Prot.
22.	Entwurf einer Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Nordd. Bund 1870. Dazu die Protokolle der Kommission 1868—1870	Nordd. E. Nordd. Prot.
23.	Entwurf einer Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Preussischen Staat nebst Motiven 1864	Preuss. Entw. Preuss. Mot.
24.	Fitting, Lehrbuch des Reichscivilprozesses IX. Auflage.	Fitting.
25.	Fitting, Zur Auslegung der Reichscivilprozessordnung	Arch. f. c. P. Bd. 6.
26.	Franke, Die Nebenparteien	Franke.

	Titel des Werkes.	Citiert.
27.	Freudenstein, Die Rechtskraft nach der R. C. P. O.	Freudenstein.
28.	Gaupp, Kommentar zur C. P. O. III. Aufl.	Gaupp.
29.	Gönner, Handbuch des Deutschen gemeinen Prozesses	Gönner.
30.	Hachenburg, Die besondere Streitgenossenschaft	Hachenburg.
31.	Hahn, Materialien zur C. P. O.	Hahn, Mater. oder Mot.
32.	Hangen, Fälle der besonderen Streitgenossenschaft nach code civil etc.	Hangen.
33.	Hannöv. Allg. bürgerliche Prozessordnung von 1850	Hannöv. P. O.
34.	Hellmann, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts	Hellmann, Lehrb.
35.	Hellmann, Zur Lehre von der sogenannten notwendigen Streitgenossenschaft	Hellmann, Z. XVII.
36.	Hellweg, Geschichtlicher Rückblick über die Entstehung der deutschen Civilprozessordnung	Hellweg, Arch. f. c. P. Bd. 61.
37.	Heusler, Die Grundlagen des Beweisrechts	Heusler, Arch. f. c. P. Bd. 62.
38.	v. Ihering, Die Reflexwirkungen.	v. Ihering.
39.	v. Ihering, Geist des römischen Rechts, III. Aufl.	Ihering, Geist.
40.	Jünger, Befugnisse des Prozessbevollmächtigten zum Abschluss eines Vergleichs.	Jünger.
41.	Kisch, Begriff und Wirkungen der besonderen Streitgenossenschaft.	Kisch.
42.	Kleinfeller, Besprechung der Schrift Hachenburgs.	Kleinfeller, K. V. I. N. F. XVI.
43.	Kleinfeller, Besprechung der Schrift Wachenfelds	Kleinfeller, K. V. I. 3. F. 1.
44.	Kohler, Der Prozess als Rechtsverhältnis	Kohler.

Titel des Werkes.	Citiert.
45. Kohler, Grundriss zu den Vorlesungen über Civilprozess (als Manuskript gedruckt)	Kohler, Grundr.
46. Kohler, Gesammelte Beiträge zum Civilprozess.	Kohler, Ges.Beitr.
47. Kohler, Prozessrechtliche Forschungen.	Kohler, Forsch.
48. v. Kraewel, Bedenken über das französische Wesen des Entwurfs etc.	v. Kraewel.
49. v. Kries, Rechtsmittel des Civil- und Strafprozesses	v. Kries.
50. Kroll, Klage und Einrede nach deutschem Recht	Kroll.
51. Leonhardt, Inwieweit giebt es nach der C. P. O. Fictionen?	Leonhardt
52. Löning, Die Widerklage	Löning, Z. IV.
53. Martin, Von der rechtlichen Natur der Streitgenossenschaft und deren Einfluss auf den Prozess. In seinem und Walchs Magazin für den gemeinen Teutschen bürgerlichen Prozess, Heft I.	Martin.
54. Meyer, Besprechung der Schrift Hachenburgs	Meyer, Z. XIV.
55. Meyer, Besprechung der Schrift Wachenfelds	Meyer, Z. XX.
56. Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs	Mot. z. B. G. B.
57. Osterloh, Die Lehre von den prozesshindernden Einreden nach deutschem Civilprozessrecht. Z. III	Osterloh.
58. Petersen, Commentar zur C. P. O. III. Aufl.	Petersen.
59. Petersen, Die prozesshindernden Einreden und deren Verhältnis zu anderen Einreden.	Petersen Z. II.
60. Planck, Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozessrecht.	Planck.

	Titel des Werkes.	Citiert.
61.	Planck, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts	Planck, Lehrb.
62.	Puchelt, Commentar zur C. P. O.	Puchelt.
63.	Reincke, Commentar zur C. P. O. III. Auflage	Reincke.
64.	Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprozessrechts	Renaud.
65.	v. Sarwey und Thilo, Commentar zur C. P. O.	Sarwey.
66.	v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts	v. Savigny.
67.	v. Savigny, Ueber den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 3. Auflage	v. Savigny, Beruf.
68.	Richard Schmidt, Lehrbuch des Civilprozessrechts	R. Schmidt, Lehrb.
69.	Schultze, Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen	Schultze, K.-R.
70.	Schultze, Privatrecht und Prozess.	Schultze, Priv.-R. und Proz.
71.	Schultze, Von den prozessualen Zeitbestimmungen insbesondere den Fristen. Strassburger Festgabe an Planck	Schultze, Zeitbest.
72.	Schultze, Zum Begriff des Civilprozesses	Schultze, Z. XII.
73.	Seuffert, Besprechung von Plancks Lehrbuch	Seuffert, Z. XI
74.	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern	Bl. f. R.-A.
75.	Seuffert, Commentar zur C. P. O. VII. Auflage	Seuffert.
76.	Struckmann und Koch, Kommentar zur C. P. O. VI. Auflage	Struckmann und Koch.
77.	Troll, Das Versäumnisurteil	Troll.
78.	Trutter, Ueber prozessuale Rechtsgeschäfte	Trutter.
79.	Wach, Das Geständnis	Wach, Arch. f. c. P. Bd. 64.

	Titel des Werkes.	Citiert.
80.	Wach, Der Entwurf einer deutschen C. P. O.	Wach, K. V. I. XIV.
81.	Wach, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts I	Wach, Handb.
82.	Wach, Praeclusion und Contumaz	Wach bei Grünhut Bd. 7.
83.	Wach, Vorträge über die Reichscivilprozessordnung. 2. Auflage	Wach, Vortr.
84.	Wachenfeld, Die notwendige Streitgenossenschaft	Wachenfeld.
85.	Warmuth, Die Streitgenossenschaft	Warmuth, Z. I.
86.	Weismann, Hauptintervention und Streitgenossenschaft	Weismann.
87.	Wetzell, System des ordentlichen Civilprozesses. 3. Auflage.	Wetzell.
88.	v. Wilmowski u. Levy, Commentar zur C. P. O. VII. Auflage.	v. Wilmowski und Levy.
89.	Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts	Windscheid.

A. Gegenstand der Arbeit.

§ 1.

Eine Streitgenossenschaft liegt vor, wenn mehrere Personen „gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden." § 59 C. P. O.

Die Wissenschaft unterscheidet heute im Gegensatz zum gemeinen Recht nicht mehr zwischen subjektiver Klagenhäufung und Streitgenossenschaft.

Bei der subjektiven Klagenhäufung liegt eine Mehrheit von Klagen vor, welche in Gestalt einer Klage erhoben werden. Bei der Streitgenossenschaft hingegen liegt der Schwerpunkt in der Beziehung mehrerer Personen, welche auf Grund und infolge der subjektiven Klagenhäufung in der einen oder anderen Parteirolle vereinigt werden.

Auf Grund der Lehre der Italiener wurde in Deutschland[1]) die subjektive Klagenhäufung verboten, während die Streitgenossenschaft gestattet war. Man wollte nicht, dass mehrere Kläger oder mehrere Beklagte in demselben Rechtsstreit neben einander handelten, daher verbot man die subjektive Klagenhäufung.

Da aber nun die aus mehreren Mitgliedern bestehenden Korporationen, Gemeinden und dergl. un-

[1]) Vergl. darüber Planck, S. 391. f.

möglich ohne Klagerecht bleiben konnten — die Klage solcher Personenmehrheiten galt von jeher als zulässig —, so sah man sich gezwungen, aus der Streitgenossenschaft eine Einheit zu konstruieren.

Die Einen[1]) behaupteten, die mehreren Genossen zusammen bildeten eine juristische Person, die Anderen, der rechtshängige Anspruch oder doch der Entstehungsgrund für das streitige Recht sei ein und derselbe, eine dritte Ansicht, deren Hauptvertreter Martin[2]) ist, nahm eine societas litis an.

Diesen Unterschied bekämpfte Planck[3]), gestützt auf den schon von Linde ausgesprochenen Grundsatz, dass eine Vereinigung mehrerer Streitenden zu gemeinschaftlicher Prozessführung dann nicht unerlaubt sei, wenn sie zur Vereinfachung diene und ohne Verwirrung und Schwierigkeiten geschehen könne. Er betonte, dass nur der Richter zu entscheiden habe, wann diese Voraussetzung vorliege. Es muss naturgemäss der Gegensatz zwischen subjektiver Klagenhäufung und Streitgenossenschaft wegfallen, wenn die Vereinigung und Trennung der Klage im Ermessen des Richters liegt

Planck's Ansicht ist die allein herrschende geworden, auf sie stützen sich auch die Bestimmungen der C. P. O.[4]) über Streitgenossenschaft.

Wenn auch manche Partikularrechte jene Unterscheidung von Streitgenossenschaft und subjektiver Klagenhäufung beibehalten haben[5]), indem sie die letztere nur ausnahmsweise gestatten, schloss sich die

---

[1]) Hierüber reiche Litteraturnachweise bei Kisch, S. 2.
[2]) Martin, S. 22 ff., 170 f.
[3]) S. 385 ff.
[4]) Vergl. Motive S. 79, a. E.
[5]) S. z. B. Hannöv. Prozess-O. §§ 33. 34.

gemeinrechtliche Theorie allgemein an Planck an, der lehrte:

Mehrere, wenn auch vereinigte Rechtsstreitigkeiten — mehrere rechtliche Beurteilungen[1]): quot facta, tot judicia könnte man kurz sagen, ein Gedanke, der in der C. P. O. § 61 wiederkehrt:

> Streitgenossen stehen, soweit nicht aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts oder dieses Gesetzes sich ein Anderes ergiebt, dem Gegner dergestalt als Einzelne gegenüber, dass die Handlungen des einen Streitgenossen dem anderen weder zum Vorteile noch zum Nachteile gereichen.

Aber diese Regel greift nicht immer Platz. Es bestimmt nämlich § 62 C. P. O.:

> Kann das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden, oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine notwendige, so werden, wenn ein Termin oder eine Frist nur von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen.
>
> Die säumigen Streitgenossen sind auch in dem späteren Verfahren zuzuziehen.

§ 62 C. P. O. regelt die sogenannte notwendige Streitgenossenschaft, ein Institut unserer C. P. O., bei dem trotz einer grossen Litteratur weder die Voraussetzungen, noch die Wirkungen unbestritten sind. Nicht einmal der Name ist ein einheitlicher.

Es sind zwei Fragen, die bei der notwendigen Streitgenossenschaft zu beantworten sind; die eine prozessual-, die andere im wesentlichen materiell-

---

[1]) quot sunt facta, tot sunt actiones, et libelli, et totidem sententiae requiruntur. Gaill. I, obs. 63 n. 4. 5. s. Planck S. 370f.

rechtlich: jene: wodurch unterscheidet sich die notwendige Streit-Genossenschaft von der einfachen? diese: in welchen Fällen tritt die erstere ein?

Für unsere Arbeit scheidet die letztere Frage[1]) aus, denn § 62 C. P. O. schweigt darüber. Mithin ist es klar, dass § 62 nicht in das materielle Recht eingreifen will und lediglich eine Vorschrift für den Prozess[2]) ist.

B. Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft.

§ 2.

Allgemeines über die notwendige Streitgenossenschaft.

Die notwendige Streitgenossenschaft erfordert ebenso, wie die einfache sowohl eine Mehrheit von streitenden Personen auf der einen oder anderen Seite, als auch eine Mehrheit von Klagen. Sie ist in den Grundzügen der einfachen gleich, beide „sind Specien eines Genus.“[3])

Diese Ansicht ist wohl die herrschende, aber von verschiedenen Seiten bekämpft.

Nach langem Kampfe war die jüngste gemeinrechtliche Doktrin[4]) dazu gelangt, überall, wo sie eine Streitgenossenschaft als vorhanden ansah, Klagenmehrheit anzunehmen. Heute dagegen sehen einige

---

[1]) S. hierzu Hangen.
[2]) Ebenso Hachenburg S. 2., Wachenfeld S. 47.
[3]) Wachenfeld S. 46.
[4]) S. bes. Planck S. 403, 410, 428.

Schriftsteller[1]) in den Fällen des § 62 C. P. O. einen einzigen Rechtsstreit mit einer Mehrheit von Subjekten und konstruiren hieraus den Gegensatz zu den Regelfällen des § 61.

Wenn man das Wesen unseres Prozesses[2]) näher betrachtet, so dürfte man gezwungen sein, eine Klagenmehrheit anzunehmen.

„Der Prozess ist Parteienkampf. Sein Zweck ist Verwirklichung eines Anspruches!" (Kohler S. 11). Hieraus ergiebt sich, dass der Prozess immer ein Verhältnis zwischen zwei Personen ist, es beruht unser Prozess also auf dem Zweiparteienverhältnis. Nur Kläger und Beklagter sind Partei, daher kann ein Urteil nur für Kläger und Beklagten ergehen. Sollte das Urteil auch für einen Dritten rechtswirksam sein, so beruht dies auf einem Rechtssatz des bürgerlichen Rechts. Wenn Jemand daher zwei Personen verklagt, so sind es stets zwei Prozesse, die miteinander verbunden sind; es sind daher „immer so viele prozessuale Streitverhältnisse vorhanden, als sich Personen streiten."[3]) Der Einzelperson steht naturgemäss die juristische Person als Personeneinheit gleich, nicht aber, wie auch ohne Ausnahme angenommen wird,

---

[1]) v. Amelunxen S. 23, 55 ff. Harmening S. 224 f.; Barazetti S. 364; Weismann S. 71, 104.

[2]) Zu Grunde gelegt wird hier die herrschende Auffassung des Prozesses als eines Rechtsverhältnisses, wonach der Prozess nicht eine Summe von Rechtsverhältnissen, sondern ein Verhältnis mit verschiedenen Stadien und Entwickelungsstufen ist, während die Gegner dieser Anschauung den Prozess als eine der Feststellung von Rechtsverhältnissen oder Ansprüchen dienende Mehrheit von Handlungen betrachten. Vergl. hierzu: Planck, Lehrb. I, S. 205 ff.; Schulze, K.-R. S. 148 ff.; Privatr. und Proz. S. 287. ff.; Z. XII. S. 470, ff.

[3]) Wachenfeld S. 50.

eine Personeneinheit, wie sie die notwendige Streitgenossenschaft darstellt. Auch hier heisst es:

Mehrheit von streitenden Genossen — Mehrheit von Klagen. Es kann also auch eine Mehrheit von Streitverhältnissen nie durch eine Klage entstehen.

Angenommen das materielle Recht wäre im Falle der notwendigen Streitgenossenschaft für alle Genossen in allen Stücken dasselbe, so ist dennoch eine Mehrheit von Klagen vorhanden.

Anderer Meinung ist z. B. Harmening, S. 224 f., „denn, da die Klage einem Recht entspricht, so kann von einer Mehrheit von Klagen da nicht die Rede sein, wo nur ein Recht besteht." Wetzell, S. 768, sagt sehr richtig: „Klagen, welche an verschiedenen Rechtssubjekten haften, haben niemals ganz denselben Ursprung." In Folge des verschiedenen Ursprungs ist es unmöglich, dass die Rechtsverhältnisse sämmtlicher Streitgenossan vollkommen übereinstimmend sind. Ausserdem werden, wie Kisch, S. 12, richtig bemerkt, „mehrere Entscheidungen dadurch, dass sie denselben Inhalt haben, nicht zu einem einzigen Urteil."

Auch der Wortlaut des § 62 C. P. O., obgleich von einem Rechtsverhältnis die Rede ist, widerspricht der Annahme einer Klagemehrheit nicht; denn hiermit ist offensichtlich das materielle und nicht das formelle Rechtsverhältnis gemeint, es wird hierdurch also die Prozesseinheit oder -mehrheit nicht berührt. Auf dieser Grundlage kann man mit Hachenburg, S. 90, den § 62 so auslegen, dass er zunächst auf den Einzelprozess Bezug hat und dahin zu ergänzen ist: „Kann das streitige Rechtsverhältnis (falls es allein Gegenstand des Rechtsstreites wäre) allen (die jetzt) Streitgenossen (sind) gegenüber u. s. w.

Eine Klagenmehrheit kann man selbstverständlich bei solchen Rechtsverhältnissen nicht annehmen, welche

mehrere Personen zu einer Einheit zusammenschliessen. Hier liegt überhaupt keine notwendige Streitgenossenschaft vor, es kann also auch § 62 C. P. O. keine Anwendung finden: es fehlt das Erfordernis der mehreren Prozesssubjekte auf Seiten des Klägers oder des Beklagten.[1])

Wie wir gesehen, ist der Prozess stets ein Verhältnis zwischen zwei Parteien, deren Kampf innerhalb des Prozesses geschlichtet wird. Soviel Rechtsstreite also vorliegen, soviel Prozesse sind vorhanden, und wie schon oben ausgeführt, soviel Klagen wie Rechtsstreite. Folglich liegt bei der notwendigen Streitgenossenschaft sowohl eine Klagen- wie eine Prozessmehrheit vor.

Man bezeichnet zwar die Verbindung mehrerer Rechtsstreite zu einem Verfahren als einen Prozess, jedoch müssen wir hierin eine Mehrheit von Prozessen sehen.[2])

Dies ist auch thatsächlich der Fall, denn auch nach Beginn der Streitgenossenschaft kann ein einzelner Prozess wegfallen,[3]) ohne dass die übrigen am Fortgang gehindert würden. Allerdings wird der Richter bei der notwendigen Streitgenossenschaft von seiner Befugnis, einen Prozess abzutrennen,[4]) wohl

---

[1]) Kohler führt aus: „Ist aber der Prozess stets ein Verhältnis zwischen zwei Parteien, so ist es andererseits möglich, dass mehrere Prozesse mit einander kombiniert werden — ganz ebenso wie dies in civilistischen Verhältnissen möglich ist."

[2]) So nimmt auch das R.G. Bd. XIV, S. 395 eine Prozessmehrheit an, da jeder Streitgenosse, im Falle die Streitgenossen sich keinen gemeinschaftlichen Prozessbevollmächtigten bestellen, berechtigt sein soll, die Gebühren und Auslagen desjenigen Rechtsanwalts, welcher ihn vertreten hat, von dem unterliegenden Prozessgegner erstattet zu verlangen.

[3]) §§ 147, 150 C. P. O.

[4]) Vergl. Wachenfeld, S. 54 f. Kisch S. 12 bezweifelt die Zulässigkeit einer Trennung.

nur selten Gebrauch machen, aber die Möglichkeit der Trennung ist ebenso gegeben, wie diejenige, eine Streitgenossenschaft durch Verbindung mehrerer Prozesse entstehen zu lassen. § 147 C. P. O.

Die Ansicht der Gegner einer Prozessmehrheit widerspricht aber auch den Bestimmungen des § 62 C. P. O.

Wie wir nachdem begründen werden, bezweckt der § 62 die Vermeidung von einander widersprechenden Urteilen. Nimmt man aber eine Prozesseinheit an, so könnte natürlich nur ein Urteil ergehen, ein Widerspruch wäre also ausgeschlossen. Und der ganze Nachsatz des § 62 wäre überflüssig, denn die aus mehreren Personen bestehende eine Partei wäre erst beim Ausbleiben sämtlicher Personen säumig.

Und wie in zivilistischen Kombinationsverhältnissen[1]) die einzelnen einander beeinflussen können, so kann dies auch bei einer Prozessmehrheit geschehen. Hierin liegt ein Wesensmerkmal des § 62 C. P. O.: er bildet die Ausnahme von der im § 61 C. P. O. gewährleisteten Unabhängigkeit der mehreren Prozesse von einander, nicht aber ist das Prinzip der Mehrheit der Prozesse verlassen.

Weismann leugnet die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten mit der Begründung, „die Handlungen des einen Prozesses sind nicht Handlungen des anderen Prozesses, können nicht Grundlage sein für die Entscheidung des anderen Prozesses.“

Es liegt allerdings in dem Einwirken des einen Prozesses auf den andern eine Ausnahme von der Verhandlungsmaxime,[2]) die im Interesse der Einheit-

---

[1]) s. Kohler S. 102.

[2]) Heusler Arch. f. c. Pr. Bd. 62. S. 251 (vergl. auch Planck Lehrb. I. S. 198.) sagt sehr richtig: Das sog. Verhandlungsprinzip ist überhaupt gar kein fruchtbares Rechtsprinzip, sondern

lichkeit der Entscheidung vom § 62 C. P. O. bewusst gemacht wird.

Wenn also auch die mehreren Prozesse auf einander Einfluss äussern, so werden sie aus diesem Grunde doch nicht zu einem einzigen verschmolzen.

§ 3.

II. Die beiden Arten der notwendigen Streitgenossenschaft.

Die C. P. O. bezeichnet in § 62 vor allem als notwendige Streitgenossenschaft diejenigen Fälle, in welchen das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann, und unterscheidet hiervon die Fälle, wo die Streitgenossenschaft „aus einem sonstigen Grunde" eine notwendige ist.

Die C. P. O. setzt also eine doppelte Art von „notwendiger" Streitgenossenschaft voraus: die eine, deren Notwendigkeit in der zivilrechtlichen Unzulässigkeit divergierender Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses beruht; die andere, deren Notwendigkeit in anderen Gründen ihre Ursache hat.

Diese Ansicht ist nicht ohne Gegner geblieben.

von Amelunxen[1]) behauptet, überall wo Streitgenossenschaft erforderlich ist, könne das Rechtsverhältniss nur einheitlich festgestellt werden. In diesem Falle wäre die zweite Voraussetzung der notwendigen Streitgenossenschaft überflüssig. Noch weiter

---

nur doktrinärer Schulbegriff und als solcher für Erklärung gewisser Erscheinungen eines geltenden Rechts nicht unnützlich. Man sollte sich aber hüten, ihn zum Götzen zu machen, und ihn aus dem innersten Wesen des Rechts, zumal des Civilrechts herleiten zu wollen, was nur zu Verkehrtheiten führen könnte.

[1]) S. 50, 53, 56. Aehnlich Trutter, S. 208 ff.

geht Kisch S. 18, der die Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung sogar als Begriffsmerkmal der notwendigen Streitgenossenschaft aufstellt.[1])

Fitting[2]) stellt die Voraussetzung der notwendigen Streitgenossenschaft die Notwendigkeit gemeinsamen Eintritts in den Prozess auf.

Angenommen dies wäre richtig für die „aus einem sonstigen Grunde" notwendige Streitgenossenschaft, wie auch besonders Wachenfeld S. 107 für diese zweite Art der Streitgenossenschaft behauptet, so trifft es jedenfalls nicht für die erste Art zu. Dies wird auch allgemein angenommen.

So hat man sich bis auf den heutigen Tag abgemüht, beide Arten der notwendigen Streitgenossenschaft aus einem einheitlichen Begriffe zu erklären, aber jede Lösung ist mit zum Teil sehr triftigen Gründen angefochten worden.

Hellmann[3]) betont, dass da, wo die Feststellung eine notwendig einheitliche sei, jeder Berechtigte und Verpflichtete allein klagen bezw. verklagt werden könne. Hiermit sei die Möglichkeit verschiedener Entscheidungen gegeben, und um solche zu vermeiden,

---

[1]) Wenn man etwas als Begriffsmerkmal der notwendigen Streitgenossenschaft bezeichnet, so muss es naturgemäss in allen Fällen derselben vorhanden sein. Da Kisch (s. Schlussbemerkung) schliesslich selbst zu dem Resultate gelangt, dass die Bestimmungen über die besondere Streitgenossenschaft einen Widerspruch der Urteile nicht überall zu vermeiden vermögen, so ergiebt sich hieraus am besten die Unhaltbarkeit seiner Ansicht. Das Streben des Gesetzes nach gleichem Urteil — nicht, wie Kisch will, ein Begriffsmerkmal, sondern der (leider nicht immer zu erreichende) Zweck des Gesetzes — bedingt noch nicht die Notwendigkeit gleicher Urteile. Erwünscht und notwendig sind zwei verschiedene Begriffe.

[2]) Arch. f. c. Pr. Bd. 61, S. 415 f.

[3]) Z. XVII. S. 2 ff.

sei es notwendig, dass zusammen geklagt bezw. verklagt werde.

Diesem ist nicht beizutreten, denn das Gebot gemeinsamer Prozessführung können nur positive Gesetzesvorschriften, nicht aber blosse Zweckmässigkeitserwägungen begründen.

Da nun eine solche Vorschrift für die zweite Art der notwendigen Streitgenossenschaft besteht, so wäre die Notwendigkeit der ersten und der zweiten Art eine verschiedene.

Nach Wachenfeld haben die Worte „aus einem sonstigen Grunde" lediglich den Zweck, zwei Arten mit einander zu verbinden, welche beide in gleicher Weise auf einem Zwang durch das Gesetz beruhen. Er hält daher den Ausdruck „notwendige Streitgenossenschaft" für beide Fälle berechtigt[1]) und verwirft demgemäss auch die Interpretationen von Fitting und Hellmann.[2])

Jedoch ist es klar, dass die Bezeichnung „notwendige Streitgenossenschaft" nur auf die eine Gruppe passt, dass also die Streitgenossenschaft in den Fällen, in denen nach bürgerlichem Recht die Prozessführung jedem Rechtssubjekt zusteht, keine notwendige, sondern eine freiwillige ist, von einem gesetzlichen Zwang daher nicht die Rede sein kann. Was in beiden Fällen notwendig ist, ist die kraft des bürgerlichen Rechts eintretende Verbindung der mehreren Prozessrechtsverhältnisse.[3]) Man könnte also höchstens in

[1]) Wachenfeld S. 112: „Insofern kann man, obwohl ungenau, von einer Notwendigkeit, mit mehreren oder gegen mehrere zu streiten, sprechen."

[2]) Dieselben gehen davon aus, dass nur die Streitgenossenschaft, bei welcher ein gemeinschaftliches Eintreten in den Prozess notwendig ist, als „notwendige" bezeichnet werden kann. Die Haltlosigkeit dieser Ansicht haben wir schon oben gezeigt.

[3]) Nord. Prot. II. S. 637.

diesem übertragenen Sinne von einer notwendigen Streitgenossenschaft reden; daher befürworten auch wir die Vermeidung des besonders in der Praxis im Anschlusse an die Worte des Gesetzes gebrauchten Ausdrucks „notwendige Streitgenossenschaft“ und setzen nach Hachenburgs Vorgang an seine Stelle die Bezeichnung „besondere Streitgenossenschaft“.[1])

Es scheiden sich also die beiden Arten begrifflich von einander. Durch die Bestimmung einer Art ist noch nicht die andere bestimmt.

§ 4.

a. Die Streitgenossenschaft bei Notwendigkeit einheitlicher Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses.

Schon aus der Thatsache, dass mehrere Prozesse vorhanden sind, folgt, dass bei der notwendigen Streitgenossenschaft nicht eine einzige, sondern nur eine gleichheitliche Feststellung möglich ist.[2]) Die Notwendigkeit einheitlicher Feststellung bedeutet also: es ist notwendig, dass die mehreren Prozesse durch mehrere gleiche, denselben juristischen Gesichtspunkten entspringende Urteile beendigt werden.[3]) Diese gleichen juristischen Gesichtspunkte sind hauptsächlich die Folge des gleichen prozessualen Handelns der Streit-

[1]) Ueber andere Bezeichnungen s. Hachenburg S. 1; Kisch S. 5 Anm. 1.

[2]) s. Wachenfeld. S. 62.

[3]) v. Amelunxen S. 58 verlangt Notwendigkeit einer Feststellung, ist aber nicht konsequent, denn S. 66 nimmt er mehrere Feststellungen an. Hachenburg S. 2f., S. 91 teilt die hier verteidigte Ansicht: „Man wird vergebens in allen Gesetzen des Deutschen Reichs nach einer Vorschrift suchen, dass bei gemeinsamem Prozesse über mehrere Rechtsverhältnisse nur ein Erkenntnis ergehen dürfe.“

genossen. Dasselbe kann auf durch gemeinschaftliche Verfügung über den Streitgegenstand erwirkter Gemeinschaftlichkeit oder auf zufälliger Uebereinstimmung der Handlungen beruhen.

v. Amelunxen S. 65ff. behauptet die Notwendigkeit einheitlicher Feststellung um deswillen, weil die Streitgenossen event. gezwungen seien, den Prozess in gleicher Weise durchzuführen.

Wenn auch die einheitliche Entscheidung ihren Grund in dem streitigen Rechtsverhältnis hat, so giebt es doch kein Rechtsverhältnis, wo ein übereinstimmendes Handeln der Streitgenossen notwendig ist; auch die Unteilbarkeit des Streitgegenstandes nötigt nicht zu gleichem Handeln im Prozesse[1]).

Bei der notwendigen Streitgenossenschaft sind zwar mehrere Prozesse vorhanden, aber kein Paragraph der C. P. O. nötigt mich, in meinem Prozesse so zu handeln, wie andere es für wünschenswert oder sogar notwendig halten. Daher argumentiert Weismann (S. 100 Anm. 4) sehr richtig, wenn er sagt:

> „Die Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung kann sich übrigens nur nach dem Klageanspruch bestimmen, nicht nach der Verteidigung (wie von Amelunxen behauptet); denn das Urteil ist Entscheidung über den Klageanspruch."

Das Entgegensetzen desselben Rechtsbehelfs ist zwar wünschenswert, aber ein Zwang hierzu existiert nicht, geschieht es, so ist das Uebereinstimmen der Handlungen etwas Zufälliges.[2])

---

[1]) Ebenso Wachenfeld S. 79.

[2]) Seuffert § 59 Ziff. 3a (hier auch reiche Litteraturnachweise) führt aus: „das Richtige ist: (die Opponenten) sind Streitgenossen im Sinne des § 59, so lange sich nicht bei der in der mündlichen Verhandlung erfolgenden Begründung des Widerspruchs eine Verschiedenheit ergiebt, zufolge deren die Not-

Wenn von Seuffert trotz nicht notwendig gleichen Handelns Notwendigkeit einheitlicher Feststellung stets angenommen wird, wenn die Genossen bei gleicher Rechtslage in gleicher Weise prozessualisch handeln, so kann man hier höchstens von logischer Notwendigkeit reden.

Wenn auch jeder Richter bei gleicher Voraussetzung den gleichen Schluss ziehen wird, so beweist dies für die rechtliche Notwendigkeit gar nichts; denn die Grundsätze des Rechts und der Logik sind nicht die gleichen. So zutreffend der Iheringsche Ausspruch auch sein mag, dass die Jurisprudenz in Wahrheit nichts ist, als „der Niederschlag des gesunden Menschenverstandes in Dingen des Rechts," so ist es nicht minder wahr, ja schliesslich nur eine Bestätigung des Iheringschen Anspruchs, wenn Hachenburg schreibt:

> „Sie (die Reflexwirkungen) sind Inkorrektheiten des Rechts, logische Sprünge, aber so recht ein Beweis dafür, dass das Recht keine Mathematik ist, keine lediglich auf Schlüssen und Formeln beruhende Wissenschaft, sondern ein Teil des wirklichen Lebens, dem sie dient und dessen Bedürfnissen sie sich fügen muss, sei es auch auf Kosten der formalen Logik."

Die „Gesetze der Logik" (v. Amelunxen S. 62) begründen also niemals die im § 62 vorausgesetzte Einheitlichkeit. Die Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft als eines Rechts-Instituts können nur nach Rechtsgründen, nicht nach logischen Gründen bestimmt werden.

---

wendigkeit einheitlicher Entscheidung entfällt." Dies kann auch nur bedeuten, dass nur unter der Voraussetzung, dass die Streitgenossen dem Gegner gegenüber Gleiches behaupten, die einheitliche Feststellung eine notwendige ist. Also auch hier wieder der Zufall des gleichen Vorbringens.

Sind wir in Vorstehendem zu dem Resultat gekommen, dass eine einheitliche Feststellung in Rücksicht auf die Gleichheit der Handlungen nicht notwendig erscheint, so fragt es sich nun weiter, ob eine solche ohne Rücksicht auf die Gleichheit der Handlungen in Hinblick auf die Gleichheit der Entscheidungen notwendig ist. Diese Notwendigkeit wird in der Litteratur angenommen:

1) wegen Unverträglichkeit divergierender Entscheidungen,
2) wegen der Einwirkung einer Entscheidung auf die andere, und
3) wegen des Gebots einheitlicher Entscheidung[1]).

1) Besonders bei Unteilbarkeit des Rechtsverhältnisses soll sich die Unverträglichkeit divergierender Entscheidung zeigen.

Steht man auf dem Standpunkte der Prozesseinheit, so kann selbstverständlich nur eine einzige Feststellung stattfinden.

Aber auch vom Standpunkte der Klagenmehrheit aus fordern die Kommentare in beiden Fällen Notwendigkeit einheitlicher Feststellung.[2])

Das allerdings unteilbare materielle Rechtsverhältnis darf aber nicht mit dem formellen verwechselt werden, gerade von dem letzteren hängt der Ausgang des Prozesses ab. Das formelle Rechtsverhältnis bezeichnet die Rechte und Pflichten des Streitgenossen, die zwar ihren Ursprung in dem materiellen Rechtsverhältnis haben, aber nicht mit ihm identisch sind. Dies betont vor allem Planck, dem sich Wachenfeld S. 83 f. anschliesst.

Ersterer führt aus (S. 419 f.): nicht um die Substanz des Rechtsverhältnisses werde gestritten, sondern

[1]) Aus Wachenfeld S. 82.
[2]) Von Theoretikern s. z. B. Kohler S. 103.

um die subjektive Berechtigung. Ihn greift v. Amelunxen S. 23 f. an, jedoch ohne ihn ernstlich widerlegen zu können, da er auf dem Boden der Prozesseinheit steht.

Die Richtigkeit jener Ansicht ergiebt sich auch klar aus der Natur des Prozesses als Rechtsverhältnisses; jeder Kläger verlangt nur Befriedigung seines Anspruches; jede Klage hat daher etwas Persönliches. Es steht jedem Genossen frei, für seine Person Angriffs- und Verteidigungsmittel, mögen sie auch denen der übrigen Genossen entgegengesetzt sein, vorzubringen. In einem solchen Falle können nur verschiedene Entscheidungen den verschiedenen Angriffen gerecht werden. Wenn nur einheitliche Entscheidungen erlassen werden könnten, so wäre dies allein unter der Voraussetzung möglich, dass den Streitgenossen das Recht, selbständig und ohne Rücksicht auf die übrigen zu handeln, genommen würde.

Wachenfeld verneint überhaupt einen Fall der notwendig einheitlichen Feststellung, doch erklären sich seine Einwendungen daraus, dass er die Leistungsklage — Bestellung einer Servitut — im Auge hat, im Falle der Feststellungsklage aber ist überhaupt nur eine einheitliche Feststellung möglich. Es sei uns erlaubt, ein Beispiel zu wählen:

X. behauptet, die Grunddienstbarkeit, die dem A., B. und C. als Miteigentümern eines Grundstückes an seinem, des X., Grundstück zusteht, sei durch non usus [1]) erloschen. X. klagt auf Feststellung des Nichtbestehens.

Wenn B. und C. auch den Nichtgebrauch ihrerseits anerkennen, A. aber den erforderlichen Gebrauch seinerseits beweist, so ist hier thatsächlich nur eine einzige Feststellung möglich.

---

[1]) l. 6. D. de serv. praed. urb. VIII.

Es soll aber nicht eine einheitliche Feststellung einer Thatsache, sondern eines Rechtsverhältnisses erfolgen. In dem einen Verfahren, zu dem die drei Prozesse verbunden sind, erfolgt für jeden Prozess eine gesonderte Feststellung der Thatsache der Ausübung oder Nichtausübung der Servitut. Trotzdem also eine divergierende Feststellung der für alle Genossen wichtigen Thatsache erfolgt ist, kann das materielle Rechtsverhältnis nur einheitlich festgestellt werden, denn es gilt hier eben der Satz:

Sententia praedio datur, d. h. das Urteil, welches A. in seinem Prozesse erstritten, kommt dem Grundstück zu Gute, und hiermit auch dessen Eigentümern B. und C.

Hier würde von verschiedenen Urteilen jedes das andere unmöglich machen, was sich aus der rechtlichen Natur der Grunddienstbarkeit ohne Weiteres ergiebt.

Wenn Wachenfeld dem § 472 C. P. O. entnimmt, eine Thatsache ist einheitlich festzustellen, „wenn sie für ein nur einheitlich festzustellendes Rechtsverhältnis von Einfluss ist", so stimmt dies wenig mit unseren Ausführungen überein. — es ist das folgerichtige Resultat der unten zu widerlegenden Ansicht Wachenfelds, dass im § 472 im Gegensatz zu § 62 nicht ein Rechtsverhältnis, sondern eine Thatsache einheitlich festgestellt werden soll.[1])

Weiterhin spricht man von der Notwendigkeit einheitlicher Feststellung wegen der Beeinflussung, die die eine Entscheidung auf die andere ausüben soll.

Eine Beeinflussung kann nur angenommen werden,

[1]) Zu weit geht die Ansicht von Meyer, der Notwendigkeit einheitlicher Feststellung dann annimmt, wenn der Sieg einem Streitgenossen gegenüber nutzlos ist, wenn man einem anderen Streitgenossen gegenüber unterliegen würde.

wenn die Rechtskraft des Urteils der Regel entgegen über die Parteien hinaus für Dritte wirkt.[1])

Auch ohne die Annahme der erweiterten Rechtskraft lassen sich die Wirkungen des Urteils für Dritte aus dem Rechtsverhältnis erklären, in dem die Mitberechtigten bezw. Mitverpflichteten stehen, so auch in dem von uns angezogenen Beispiel. Die Entscheidung über den Streit des einen Genossen ergeht ohne Rücksicht auf den Ausfall des Prozesses des anderen Genossen. Das Gegenteil aus der sog. erweiterten Rechtskraft folgern zu wollen, dürfte ungerechtfertigt sein, wie aus dem § 62 selbst zu schliessen ist, denn „die hierbei obwaltende gesetzgeberische Absicht setzt die Möglichkeit solcher widersprechenden Urteile voraus, deren Vorkommen durch das Mittel des § 62 auch nicht gänzlich verhindert werden kann.“[2])

Auch der § 69 C. P. O. kann hier angeführt werden. Er bezeichnet eine gesetzliche Ausnahme von der Regel: „res inter alios rectae aliis non praeiudicant“,[3]) ist also gerade für Fälle der erweiterten Rechtskraft geschaffen. Er besagt:

Der streitgenössische Nebenintervenient gilt nur insoweit als Streitgenosse „im Sinne des § 61“, als er nicht Nebenintervenient ist.

§ 69 verweist also nicht auf § 62, sondern auf § 61, wonach eine einheitliche Entscheidung nicht notwendig ist.[4])

---

[1]) Hierfür z. B. Hachenburg, S. 33 f.; Dreyer S. 20 f., S. 25 f.; R. Schmidt S. 870 f., dagegen z. B. Wachenfeld S. 96 f., R. G. in J. W. 1890 S. 178 Nr. 3; Z. XX S. 507.

[2]) J. W. 1890 S. 178.

[3]) I. 2 C. quib. reb. iudic. VII. 56.

[4]) Ist man nicht dieser Ansicht, so muss man mit v. Canstein, Z. VIII S. 238 f. die Konsequenz ziehen, das Citat des § 61 in § 69 sei ein irrtümliches; er bezeichnet die Verweisung auf § 61 geradezu als einen „lapsus calami“.

3. Schliesslich wird die Notwendigkeit einheitlicher Entscheidungen wegen des Gebots einheitlicher Entscheidung verlangt (s. z. B. v. Amelunxen S. 64.)

> „Zeigt das bürgerliche Recht bei der materiellen Feststellung, dass sie eine einheitliche sein soll, so soll auch für das Prozessrecht die formelle Entscheidung eine einheitliche werden.“ Hachenburg S. 80.

Hierbei ist aber ausdrücklich zu berücksichtigen, dass

> „die Eigentümlichkeit des materiellen Rechts an sich eine Ausnahme von den gewöhnlichen Prozessgrundsätzen niemals zu begründen vermag;“

denn sonst wäre ja der Inhalt des § 61 der, dass, wenn das bürgerliche Recht verlangt, bei subjektiver Klagenhäufung dürfe nur ein Urteil ergehen, das Prozessrecht sich danach richte:

> „Wie weit die Rechtskraft materiell reicht,“ „bestimmt das Zivilrecht, wie weit sie formell geht, der Prozess.“ Hachenburg S. 92.

Wachenfeld verwirft auch diese Notwendigkeit der einheitlichen Feststellung.

Die Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung soll besonders bei Personenstandsklagen geboten sein. Aber dies ist nicht immer der Fall; was z. B. die Klage auf Feststellung der Kindschaft anbelangt, so kann die von Wachenfeld S. 105 und Hachenburg S. 106 geltend gemachte Möglichkeit, dass nur die Abstammung von der Mutter, nicht aber die vom Vater festgestellt wird, kaum bestritten werden.

Nicht ganz zutreffend ist dagegen die Behauptung Wachenfelds, wonach alle Statusklagen schliesslich auf die Frage nach der gemeinschaftlichen Abstammung

zurückzuführen sind. Nehmen wir das von Wachenfeld (S. 106) bekämpfte Beispiel von Amelunxens S. 64 f.:

Jemand klagt gegen zwei Brüder, deren Brudereigenschaft feststeht, auf Anerkennung seiner Brudereigenschaft. Wachenfeld erhebt dagegen den Einwand, man supponiere ein Stück von dem, was bewiesen werden solle, nämlich dass Kläger und Beklagter von einer Person abstammen.

> „Warum[1]) soll aber der Richter nicht in der Lage sein, um die Anwendbarkeit des § 62 festzustellen, zunächst die Frage zu prüfen, ob die Beklagten Brüder sind?"

Ist diese Frage bejaht, so ist eine verschiedene Entscheidung, wie auch Wachenfeld zugiebt, unmöglich.

Die Anwendbarkeit des § 62 dürfte nun bei Personenstandsklagen stets dann zu verneinen sein, wenn auf Seiten der Beklagten notwendige Streitgenossenschaft vorliegt.

Allerdings kann hier in einigen Fällen das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden, aber die C. P. O. hat für diese Rechtsstreitigkeiten ein besonders Verfahren vorgesehen:

Gegen den säumigen Beklagten ist ein Versäumnisurteil unzulässig. Beim Nichterscheinen eines Beklagten „in dem auf die Klage zur mündlichen Verhandlung anberaumten Termine kann erst in einem neuen, auf Antrag des Klägers zu bestimmenden Termine verhandelt werden." §§ 640, 618 C. P. O.

Erscheint der säumige Streitgenosse in dem neuen Termine wiederum nicht, so ergeht auf Grund der mündlichen Verhandlung ein contradictorisches Endurteil auch gegen den Säumigen. Für die Anwendung des § 62 liegt also hier ein Bedürfnis nicht vor.[2])

---

[1]) Kleinfeller, K. V. I. 3 F. 1 S. 112.

[2]) Vergl. Birkmeyer Z. VII S. 155 ff. S. 196.

Dagegen ist eine Anwendung des § 62 geboten, falls von mehreren streitgenössischen Klägern einer den Termin versäumt, damit nicht gegen ihn das Versäumnisurteil dahin ergeht, dass er mit seiner Klage abzuweisen sei. § 330 C. P. O.

§ 5.

b. Die „aus sonstigem Grunde" notwendige Streitgenossenschaft.

Die zweite Art der notwendigen Streitgenossenschaft, die aus sonstigem Grunde notwendige, kann heute, wie fast allgemein anerkannt ist, dahin bestimmt werden, dass bei ihr eine Klage gegen den einen der mehreren aktiv oder passiv Beteiligten unstatthaft ist.[1]) Allerdings erkennt das Privatrecht zu diesem Zweck nirgends die Einrichtung an, dass der nur von einem Berechtigten beklagte Gegner in die Möglichkeit versetzt wird, direkt durch Beiladung — der Adcitation des älteren gemeinen Rechts[2]) — den anderen Berechtigten als Mitkläger in den Prozess hineinzuziehen.

Wohl aber gewährt in manchen Fällen eine positive Rechtsvorschrift eine sog. exceptio plurium litisconsortium.

Im älteren gemeinen Recht[3]) hatte sie den Charakter einer prozesshindernden Einrede, im späteren gemeinen Recht[4]) wurde sie eingeschränkt und von den meisten überhaupt verworfen.

Sie ist, wie einstimmig anerkannt wird, nicht unter die prozesshindernden Einreden aufgenommen

---

[1]) Wachenfeld S. 107 (s. auch Motive S. 82/83), charakterisiert sie dahin, dass eine Notwendigkeit zu „einem gemeinsamen Eintritt in den Prozess" bestehe.

[2]) S. z. B. Gönner Bd. I S. 385.

[3]) Vergl. Planck S. 394 ff.

[4]) Wetzell, S. 831 ff. Renaud S. 146, vergl. auch Seuff. Arch. Bd. 3 n. 205 Bd. 15 n. 78, anerkannt noch Bd. 7 n. 27.

und unserm Civilprozess überhaupt fremd, denn hierdurch würde der Grundsatz

„invitus agere nemo cogatur“

verletzt werden.[1])

Mit Warmuth S. 506 betonen die meisten Schriftsteller:

„die Exceptio plur. litis cons.[2]) gestaltet sich als Einrede der aktiven oder passiven Sachlegitimation und berührt das Gebiet der Streitgenossenschaft überhaupt nicht.“

Sie nötigt jedenfalls nicht zur Streitgenossenschaft und hindert[3]) auch nicht den Prozess. Die Einrede der Sachlegitimation ist ein Leugnen des Anspruchs selbst in Bezug auf diesen[4]) Berechtigten, diesen Verpflichteten. Die exc. plur. litis c. ist aber mehr,[5]) sie leugnet schlechthin die Klagbarkeit des Anspruchs in der Form, wie er zur Entscheidung gestellt wird, sie ist

„ein Bemängeln der Reaktionsfähigkeit des einzelnen Rechts ohne die mit ihm verbundenen.“ Hachenburg S. 81.

Unter Reaktionsfähigkeit versteht man nach Kohler (Ges. Betr. S. 13) die Fähigkeit eines Anspruchs, durch gerichtlichen Zwang geltend gemacht werden zu können.

---

[1]) l. un. C. ut nemo invit. III 7.

[2]) Vergl. über dieselbe noch Petersen Z. II S. 171; Osterloh Z. III S. 92.

[3]) Puchelt Bd. I Seite 249 schreibt: „Nirgends giebt die C. P. O. den Beklagten das Recht um deswillen, weil nicht alle Beteiligten klagen oder verklagt sind, die Zurückweisung der Klage oder die Ausdehnung des Rechtsstreits auf die anderen zu fordern.“ Vergl. die Entsch. in Z. XII. S. 501 ff.

[4]) J. W. 1884 S. 171 No. 12.

[5]) Ebenso Wachenfeld S. 111, der sie als Species der exc. pluris petitionis, als einen selbstständigen Gegenangriff auffasst, indem er betont, dass sie nicht formeller, sondern materieller Natur ist. Vgl. auch Hellmann Lehrb. S. 236.

„Wie bei der Naturalobligation des römischen Rechts die Möglichkeit der gerichtlichen Erzwingung absolut fehlt, so mangelt es hier relativ, wenn nicht auf der einen oder anderen Seite die Mitbeteiligten hinzutreten.“ Hachenburg S. 81.

Deshalb ist hier die Streitgenossenschaft notwendig, weil ohne Verbindung mit den übrigen Ansprüchen der einzelne Anspruch nicht reaktionsfähig ist.

Wie schon angedeutet, liegt also keine Einrede im technischen[1]) Sinne vor, d. h. das Behaupten einer den Anspruch vernichtenden oder hemmenden Thatsache; es wird vielmehr ein Mangel im Recht selbst behauptet, der Anspruch wird als nicht bestehend geleugnet. Schon aus dem klägerischen Vorbringen wird in den meisten Fällen das Gericht ersehen, dass ein klagbarer Anspruch nicht vorliegt, sodass es des Vorbringens der „Einrede“ überhaupt nicht bedarf.[2]) Es bleibt dem Kläger, falls er nicht vergeblich klagen will, nichts weiter übrig, als sich mit den übrigen Berechtigten zur Erhebung der Klage zu verbinden. In welchen Fällen dies erforderlich, beruht auf den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, soweit nicht etwa das Prozessrecht selbst derartige Vorschriften aufstellt.[3])

---

[1]) Motive z. B. G. B. Bd. 1 S. 359 No. 2.

[2]) Ja, es bedarf nicht einmal immer eines Antrages auf Abweisung der Klage; ergiebt sich z. B. aus dem klägerischen Schriftsatz, dass Kläger auf 1000 M. aus einem Spiel klagt, so wird Beklagter erst gar nicht vor Gericht erscheinen; denn dem klägerischen Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils würde gemäss § 331 Abs. 2 C. P. O. nicht stattgegeben werden können, die Klage also, ohne irgend eine Thätigkeit des Beklagten, abgewiesen werden.

[3]) Vergl. z. B. § 632 Abs. 2 C. P. O.

§ 6.

III. Dauer der notwendigen Streitgenossenschaft.

Wir haben gesehen, dass die notwendige Streitgenossenschaft eine Mehrheit von Prozessen ist. Sie ist also eine prozessuale Verbindung, kein neuerer Schriftsteller sieht in ihr, wie es früher mehrfach geschah, eine materiell-rechtliche Verbindung. Als prozessuale Verbindung kann die notwendige Streitgenossenschaft jedenfalls nicht vor Beginn des Prozesses entstehen. Die Verabredung mehrerer Personen, gemeinschaftlich klagen zu wollen, so wie die Anfertigung einer gemeinschaftlichen Klageschrift, begründet noch keine Streitgenossenschaft.[1])

Das Prozessrechtsverhältnis wird erst durch die „Rechtsgeschäftsaction" (Kohler S. 35) der Klagerhebung vermittelst Zustellung eines Schriftsatzes begründet, dessen wesentlicher Bestandteil die Ladung eines bestimmten Gegners zum Termine ist; eine Klagerhebung ohne Ladung erzeugt kein Prozessrechtsverhältnis.

Im Falle der passiven Streitgenossenschaft ist für den Beginn der mehreren Klagen jeder Zeitpunkt der einzelnen Zustellung massgebend, wie allgemein[2]) anerkannt wird. Es kann also bei der Klagerhebung niemals von einer Einwirkung der besonderen Streitgenossenschaft die Rede sein; der Mangel für eine Partei in der Klagerhebung wird nicht dadurch geheilt, dass bei allen anderen Genossen die Klage ordnungsmässig erhoben ist.

Wachenfeld[3]) legt Gewicht auf das Wort Streit:

---

[1]) Anders Martin S. 50 auf Grund seiner Theorie von der societas litis.

[2]) Vgl. z. B. Trutter S. 215.

[3]) S. 67 ebenso Birkmeyer Grundr. S. 10.

Es entstehe keine Streitgenossenschaft, wenn es nicht zum Streite komme, dieser sei aber erst vorhanden, wenn die mehreren Beklagten ihre Absicht zu streiten durch eine prozessuale Erklärung irgend welcher Art zum Ausdruck gebracht hätten.

Das Prozessverhältnis ist zwar ein Kampf-, aber nicht notwendig ein Streitverhältnis. Die Kläger beginnen den Kampf durch Klagerhebung, weicht der Beklagte zurück, so ist man berechtigt, von einem Sieg des Klägers, mag er auch mühelos gewesen sein, zu reden.[1]) Auf keinen Fall ist aber dem Beklagten die Möglichkeit abgeschnitten, sich zu verteidigen.

Zum Beginn des Prozesses ist also eine Erklärung des Angegriffenen nicht erforderlich.[2])

Für den Anfang der notwendigen Streitgenossenschaft etwas Besonderes festzusetzen, liegt kein Grund vor, weil eine solche Abweichung im Gesetz nicht vorgesehen ist.

Hachenburg S. 41 f. will die Anwendbarkeit des § 62 ausgeschlossen sehen, so lange über die prozesshindernden Einreden gestritten wird, „beim Verfahren in jure". „Greifen dieselben durch, so steht fest, dass nie ein Prozessrechtsverhältnis bestand, also auch kein litisconsortium und auch keine Reflexwirkung aus diesem."

---

[1]) „Es ist auch Prozess, wenn der andere Teil sofort gesteht; auch wenn beide Teile zum Amtsrichter kommen, mit der Absicht, dass der Beklagte gestehen solle", (z. B. zur Erlangung eines vollstreckbaren Titels vgl. Schultze, K.-R. S. 140; Bülow, Arch. f. c. P. Bd. 62 S. 20, 74, 85; Drechsler, ebendort S. 417, Motive zu § 231 C. P. O.,) „und zwar ist auch hier der Prozess ein wirklicher Prozess, kein Scheinprozess: es ist ein wirklicher Schlag, den der Gegner erleidet, auch wenn er den Schlag bereitwillig empfängt." (Kohler S. 11.)

[2]) S. Bülow, Arch. f. c. P. Bd. 62, S. 20, Anm. 15.

Die Motive zur C. P. O. (S. 193 a. E.) sagen:

„das Verfahren bis zum Urteil kann in zwei Abschnitte zerfallen, in das Vorverfahren, welches die Verhandlung über prozesshindernde Einreden, und in das Hauptverfahren, welches die Verhandlung über die Hauptsache zum Gegenstande hat".

Diese allerdings missverständlichen Sätze fasst nun die communis opinio ebenso wie Hachenburg auf. Wir kennen aber nicht mehr eine Trennung des Verfahrens in jure und in judicio; wie schon ausgeführt, beginnt der Prozess mit dem Rechtsgeschäft der Klagerhebung und endet mit dem Urteil. Wenn auch innerhalb dieses einen Rechtsverhältnisses (des Prozesses) die verschiedensten Rechtshandlungen vorgenommen werden, so bleibt doch der Prozess ein Ganzes, nicht ist er eine Summe an einander gereihter Prozessrechtsgeschäfte. Da nun die prozesshindernden Einreden erst nach der Klagerhebung vorgebracht werden können — denn durch das Vorbringen derselben wird ja der geltend gemachte Anspruch bestritten —, so sind sie eine Handlung innerhalb des Prozesses. Demnach müssen wir die notwendige Streitgenossenschaft auch schon für das sogenannte „Vorverfahren" annehmen.

Die notwendige Streitgenossenschaft dauert für jeden Genossen bis zur Beendigung seines Prozesses, der ja in den meisten Fällen gleichzeitig mit den übrigen mit ihm verbundenen Prozessen erledigt sein wird.

Die Streitgenossenschaft ist mit dem Urteil beendet; für die Vollstreckung, die ein vom Prozess verschiedenes[1]) Verhältnis ist, besteht die Streitgenossenschaft nicht mehr.

[1]) Hierzu s. Kohler S. 113 ff.

C. Wirkungen der notwendigen Streitgenossenschaft.

I. Die fingierte Vertretung im allgemeinen.

a. Begründung der Theorie.

§ 7.

1. Die Hauptansichten über den Inhalt des § 62 C. P. O.

Gemäss § 62 C. P. O.

„werden, wenn ein Termin oder eine Frist nur von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die Nichtsäumigen vertreten angesehen."

Der Inhalt dieser Bestimmung ist nach der herrschenden Ansicht dahin zu verstehen, dass der erschienene Streitgenosse die reinen Prozesshandlungen im vollen Umfange auch zugleich für den Säumigen vornimmt.

Die Handlungen des Erschienenen werden zugleich als solche des Säumigen angesehen.

Dieser Ansicht ist Hachenburg[1]) entgegengetreten.

Nach ihm sind die von den nichtsäumigen Streitgenossen vorgenommenen Prozesshandlungen nicht als Prozesshandlungen zu betrachten, die zugleich in Vertretung der säumigen Streitgenossen vorgenommen wurden; jene Handlungen bewirken nur, dass auch den säumigen Streitgenossen gegenüber die Folgen der Säumnis, d. h. des Nichthandelns — le profit du defaut des art. 153[2]) — nicht eintreten. „Massgebend für das prozessuale Rechtsverhältnis des ausbleibenden

[1]) S. 11 ff., 25 ff., 59 ff. Ihm folgt Seuffert § 59.

[2]) s. unten S. 40.

Genossen ist also nicht. was der Erschienene, sondern nur, dass er verhandelt. (Hachenburg S. 30.)

Der Inhalt seiner Handlung wirkt nicht direkt für den Säumigen, kann aber indirekt auf dem Wege durch das contradictorische Endurteil auch das materielle Recht des säumigen Genossen berühren.

Der Gegensatz beider Ansichten ist leicht zu ersehen.

Hier wirken nur die versäumnisabwehrenden, dort sämtliche Handlungen des erschienenen Genossen für den Säumigen. Hier wird der Prozess des Nichtverhandelnden als schwebend angesehen, dort mit dem des Verhandelnden fortgesetzt, wie ja auch jede Prozesshandlung des Erschienenen als gemeinschaftlich gilt, während nach Hachenburg nur das Urteil für alle gemeinsam ist.

§ 8.

2. Geschichtliche und begriffliche Kritik derselben.

Gegen die Auslegung, dass der § 62 eine Vollmacht der nichtsäumigen Streitgenossen fingiere. verwertet Hachenburg in erster Linie die Entstehungsgeschichte des § 62 C. P. O. Er behauptet S. 19 ff., dass § 62 nur eine Uebertragung des art. 153 code de procédure civil in die C. P. O. sei, indem lediglich formale Aenderungen von geringfügiger Bedeutung vorgenommen seien. Nach art. 153 wird, wenn von mehreren Geladenen Einer fehlt, zwar die Versäumnis konstatiert, aber ein Versäumnisurteil nicht erlassen, sondern für die spätere Verhandlung vorbehalten. Es ergeht hier ein Verbindungsurteil, durch welches die mehreren Prozesse zu einem einzigen verbunden werden —

„le jugement de jonction sera signifié à la partie défaillante par un huissier commis."

In den folgenden Terminen wird ohne Rücksicht auf fernere Versäumnis verhandelt, infolgedessen auch das gemeinsame Erkenntnis von dem Säumigen nicht mit dem Einspruch angefochten werden kann —

„il sera statué par un seul jugement qui ne sera pas susceptible d'opposition."

art. 153 bezieht sich nur auf den ersten versäumten Termin, § 62 C. P. O. auch auf alle anderen versäumten Termine, und im Gegensatz zum art. 153 auch auf versäumte Fristen. Wie dies gekommen, zeigen die Beratungen der deutschen Prozess-Kommissionen.

Die Vorlage der Hannöverschen Prozesskommission[1]) enthielt im grossen und ganzen den französischen Gedanken.

§ 276 des Entwurfs lautete:

„Ist von mehreren vorgeladenen Parteien ein Teil erschienen, der andere nicht, so soll auch gegen den erschienenen Teil in der Sache nicht verhandelt werden, sondern behufs gemeinschaftlicher Verhandlung anderweite Tagfahrt anberaumt und wiederholte Vorladung des nichterschienenen Teils angeordnet werden.

Erscheinen wiederum nicht alle Parteien, so enthält das Urteil, welches auf die mit dem erschienenen Teil gepflogenen Verhandlungen ergeht, auch zum Vorteil, wie zum Nachteil des nichterschienenen Genossen die Wirksamkeit eines contradictorischen Urteils, gegen welches Einspruch nicht zulässig ist."

Es wurde beantragt, statt des § 276 zwei §§, bezeichnet mit 276 und § 276a, anzunehmen; jener

[1]) Hannöv. Prot. S. 1742 ff.

behandelt die Terminsversäumnis bei teilbarem, dieser bei unteilbarem Streitgegenstande. § 276a Abs. 1 lautete:

> „Ist der Klagegegenstand nicht teilbar, so hat die Festsetzung der Verhandlungen bis zum Endurteile mit den erschienenen Parteimitgliedern zu erfolgen, und es sind die Prozesshandlungen derselben so anzusehen, als seien sie zugleich in giltiger Vertretung[1]) der Nichterschienenen vorgenommen werden."

Der Antragsteller begründete S. 1743 f. seinen Antrag dahin, dass ohne denselben gegen einen nicht Vertretenen gemäss der Vorlage ein contradictorisches Endurteil ergehe, was den gewöhnlichsten Prozessgrundsätzen widerspreche.

Ein anderer Abgeordneter beantragte dagegen, den § 276 gänzlich zu streichen: Mit den Bestimmungen des § 276a könne er sich ebenfalls nicht einverstanden erklären, „sie würden dahin führen, dass, wenn der erschienene Beklagte B den Anspruch des Klägers zugestände, dieses Geständnis auch für C bindend und massgebend sein würde, was aber nicht richtig ist," d. h. nicht dem französischen Recht, dem die Vorschrift entlehnt, entspricht.

Ausser dem schon oben erwähnten Unterschiede zwischen art. 153 code de proc. civ. und § 62 C. P. O. sehen wir hier noch einen anderen. art. 153 bezieht sich ebenso wie der § 276 des Hannöverschen Entwurfs lediglich auf die Fälle, in denen von mehreren Beklagten ein Teil erscheint, der andere nicht.

---

[1]) Dies scheint die Quelle des § 62 zu sein, Hachenburg S. 21 Anm. findet die erste Spur des § 62 in einem späteren Antrage (Hannöv. Prot. S. 5559), weist allerdings auch auf diese Anträge hin.

„Es gehe dies teils daraus hervor, dass in dem Entwurfe von vorgeladenen Parteien die Rede sei, teils daraus, dass auch nach dem französischen code de procédure, aus welchem diese Vorschriften stammen, und in die Hannöversche Prozessordnung übergegangen seien, die Bestimmungen über das sogenannte Verbindungsurteil sich nur auf die Fälle des Ungehorsams eines Teils der Beklagten beziehen."

Der § 276 wurde gestrichen und auch das Contumacial-Verbindungsurteil fand keine Aufnahme, weil es angeblich nicht in die deutschen Verhältnisse passte.

Der preussische Entwurf dagegen folgte, wie fast in allen Punkten, auch hierin seinem französischen Vorbilde.[1])

Das Verbindungsurteil, wenn auch modifiziert, ist aufgenommen (es kann auch Versäumnisurteil beantragt werden) und im Gegensatze zum französischen Recht stehen Kläger und Beklagter einander gleich.[2])

§ 393 bestimmt zwar nicht, dass die erschienenen Streitgenossen Vertreter[3]) der säumigen sind, aber es werden die

„vorgebrachten Anführungen und Beweise, soweit sie den Nichterschienenen günstig sind, auch als für diese angeführt und beigebracht angesehen."

Hier haben wir also ebenso wie im § 276 des Hannöv. Entw. eine Fiction. Der Schluss des § 393 giebt beinahe wörtlich das französische Vorbild wieder:

[1]) S. von Kraewel; Hellweg, Arch. f. c. P. Bd. 61, S. 100.

[2]) Preuss. Entw. §§ 391—394. Preuss. Mot. S. 86, 87.

[3]) Die Motive S. 87 sprechen allerdings auch schon davon, dass die ausbleibenden „durch die erschienenen Streitgenossen mit vertreten werden". Aehnlich auch die bayr. Prozessordnung: Art. 317. Hiernach gelten die Einwendungen des erschienenen Streitgenossen, als wenn auch die nichterschienenen sie vorgebracht hätten (Vgl. Barth Bd. 2 S. 150.)

„gegen das auf Grund der contradictorischen Vorschriften erlassene Urteil steht keinem Streitgenossen der Einspruch zu“ — le jugement, qui ne sera pas susceptible d'opposition.

In der norddeutschen[1]) Kommission stellte der Referent unter Bezugnahme auf den preuss. Entw. und darauf, dass ähnliche Vorschriften im rheinischen Recht sich bewährt hätten, zur Erwägung, ob die Bestimmungen über das sogen. Contumacial-Verbindungsurteil Aufnahme finden sollten, wodurch dann freilich eine teilweise Aenderung der bereits gefassten Beschlüsse über die Behandlung der Streitgenossen geboten werde. Hiergegen wurde mehrfach erinnert, dass das Contumacial-Verbindungsurteil in bedenklicher Weise in das materielle Recht hinübergreife. Es verstosse gegen die moderne, auch von der Kommission adoptierte Bedeutung des litis-consortium, wenn gewissermassen ein Zwang zur gemeinsamen Prozessführung eintrete. Ein Bedürfnis hierzu walte in keiner Weise ob. Es sei kein erheblicher Nachteil, wenn in Folge der Versäumnis einzelner Genossen verschiedene Urteile über den gleichen Anspruch ergehen. Die Grundsätze von der res judicata, in Verbindung mit der materiellen Natur des Anspruchs, reichten vollkommen aus.

Andererseits wurde das Contumacial-Verbindungsurteil von verschiedenen Standpunkten aus vorteidigt und auch schliesslich („vorbehaltlich der Ausdehnung resp. Einschränkung desselben“) angenommen.

In der Spezialdebatte[2]) über das Contumacial-Verbindungsurteil wurde beantragt, statt der §§ 391–94

[1]) Nordd. Prot. II S. 630 ff.

[2]) Für das Folgende vgl. Nordd. Prot. Bd. 2 S. 636 ff.

des Preuss. Entw. folgende Bestimmungen aufzunehmen:

„Wenn mehrere Personen als Streitgenossen geklagt haben oder beklagt sind, und gegen einige die Erfordernisse des Versäumnisurteils vorliegen, während andere der betreffenden Ladung Folge geleistet haben, so kann auf Antrag des Gegners wider die Ausgebliebenen ein besonderes, von der Hauptentscheidung unabhängiges Versäumnisurteil erlassen werden, insofern ein solches gegen die Ausgebliebenen ganz oder teilweise zum Vollzuge sich eignet. Ist dies dagegen nicht der Fall, so wird die Entscheidung wider die Ausgebliebenen mit derjenigen wider die Erschienenen verbunden, und findet gegen dieses Urteil der Einspruch nicht statt."

Auch hier sehen wir besonders am Schlusse wieder den französischen Ursprung.

In der weiteren Beratung (Nordd. Protk. S. 637 ff.)

„wurde mit überwiegender Stimmenmehrheit festgesetzt, dass, wenn der Gegenstand des Streites unteilbar ist, und ebenso dann, wenn die mehreren Verklagten nach Massgabe des bürgerlichen Rechts nur gemeinschaftlich verklagt werden können, eine Verbindung dergestalt notwendig einzutreten hat, dass gegen den einzelnen Streitgenossen kein Versäumnisurteil ergeht, diesem kein Einspruch zusteht, und auch keine Ladung derselben zu einem besonderen neuen Termine erfolgt, sondern der erschienene Streitgenosse sie in dem versäumten Termine vertritt."

Dieselben Verhältnisse wurden demnächst auch für das Verhältnis mehrerer Kläger von der Kommission gebilligt.

„Ein Unterschied zwischen den dem Ausgebliebenen günstigen und den ihm nachteiligen Erklärungen (§ 393 Preuss. Entw.) soll nicht gemacht werden."

Dieses Material wurde der Redaktions-Kommission überwiesen, die folgenden neuen Paragraph als § 79a (und zwar bei der Streitgenossenschaft, nicht, wie im französischen Recht, bei dem Versäumnisurteil) einzuschalten beschloss (Nordd. Prot. Bd. II. S. 795 f.):

„Ist der Streitgegenstand unteilbar oder ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Streitgenossenschaft eine notwendige (§ 78), so werden, wenn ein Termin oder eine Frist nicht von allen, sondern nur von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die nichtsäumigen vertreten angesehen. Insbesondere kann in einem solchen Falle gegen die säumigen Streitgenossen ein Versäumnisurteil nicht erlassen werden."

Im Gegensatz zum französischen Recht werden hier auch die Fristen und ausserdem erst noch die übrigen versäumten Termine berücksichtigt, wie es der Auffassung des Gesetzes von der Versäumnis entspricht. Auch hier haben wir wieder die Vertretungsfiction.

Die Motive zur C. P. O. setzen zu § 58 die Gründe auseinander, weshalb das Verbindungsurteil nicht aufgenommen wurde, und wenn sie es auch bei der notwendigen Streitgenossenschaft nicht erwähnen, so war es doch für die Streitgenossenschaft überhaupt[1]) vorgesehen.

[1]) Anders Kisch S. 34: „Einen Zusammenhang zwischen § 62 C. P. O. und Art. 153 code d. proc. c. scheint demnach der Gesetzgeber nicht empfunden zu haben."

Nach einigen redaktionellen Aenderungen des ersten Satzes entstand aus obigem § 79a der § 62 C. P. O.

Wenn das Verdienst Hachenburgs, die Quelle des § 62 zu erforschen, auch nicht im Geringsten geschmälert werden soll, so scheint es doch nicht angebracht, die Bedeutung des französischen Gesetzes dem mit ganz anderem Inhalte ausgestatteten deutschen Gesetze unterschieben zu wollen. Wenn Hachenburg dies dadurch rechtfertigt, dass der Zweck der beiden Gesetze annähernd der gleiche sei, so ist doch diese Gleichheit nicht eine vollständige, wie Hachenburg selbst sehr richtig auseinandergesetzt hat:

Das sachliche Anwendungsgebiet des deutschen Gesetzes und die Mittel, mit denen es arbeitet, sind andere als die des französischen Gesetzes.

Auch von einer kraft Gesetzes eintretenden Verbindung, auf die Hachenburg hinweist, ist nichts mehr im § 62 C. P. O. enthalten, sondern, da die vom § 62 betroffenen Fälle in einer durch ihren privatrechtlichen Inhalt gegebenen natürlichen prozessualen Verbindung mit einander stehen, hatte die Beschränkung auf diese Streitsachen die Folge, dass das Verbindungsurteil überflüssig wurde. Während also im französischen Rechte ein Urteil in einem Prozesse ergeht, bleibt im § 62 die Prozessmehrheit erhalten. Und was im französischen Recht die Hauptsache ist, dass ein Versäumnis-Urteil nicht ergehen kann, ist im § 62 als selbstverständlich fortgefallen.

Es ist nun ferner klar, dass eine Verbindung, die in der Natur der betreffenden Rechtsverhältnisse selbst ihre Ursache hat, notwendig ganz andere Rechtswirkungen haben muss, als eine rein äusserliche Verbindung durch Richterspruch.

Dass nun nicht nur die Versäumnis abwehrenden Handlungen für den Säumigen Wirkung haben, ersehen wir ganz klar aus den Beratungen der Prozesskommission. Hiernach wirken sämtliche Handlungen, als wären sie auch von den Säumigen vorgenommen, wobei noch meistens hinzugefügt wird, dass ein Unterschied zwischen den dem Ausgebliebenen günstigen und nachteiligen Erklärungen, wie ihn § 393 des Preuss. Entw. festsetzt, nicht gemacht werden soll.

Wie der Vertretungsgedanke in das Gesetz kam, ist nicht aufgeklärt; Hachenburg vermutet eine Nachwirkung verschiedener Institute des gemeinen Prozessrechts: Der Notwendigkeit eines gemeinsamen Vertreters, der vermuteten Vollmacht und der Adcitation.[1])

Die natürliche Zusammengehörigkeit mehrerer Streitsachen legt allerdings den Gedanken nahe, den nichterschienenen Streitgenossen als durch den erschienenen vertreten anzusehen, eine Zweckmässigkeitserwägung, die es zugleich ermöglicht, die mehreren Rechtsstreite zum Zwecke einheitlicher Entscheidung prozessual zu verbinden.

Hachenburg (S. 29 ff.) macht auch noch andere Gründe für seine Ansicht geltend; er stützt sich zunächst auf den Wortlaut des § 62 C. P. O.:

> „wenn ein Termin oder eine Frist versäumt wird", so treten die im Gesetz geregelten Versäumnisfolgen ein; da § 62 hiervon eine Ausnahme machen wolle, so sei die Konsequenz: die Versäumnisfolgen treten nicht ein; folglich kämen nur die Versäumnis abwehrenden Handlungen des fleissigen Genossen dem säumigen zu gute.

---

[1]) Vgl. hierüber die kurze Uebersicht bei Hachenburg S. 13 ff. und die dort angegebene Litteratur.

Diese Interpretation dürfte aber doch zu eng sein. Es wird durch § 62 nicht nur die Regel aufgehoben, sondern an Stelle des Aufgehobenen etwas Neues gesetzt: es werden nicht blos die Versäumnisfolgen beseitigt, es wird auch noch fingiert, dass die in Folge der Säumnis unterbliebenen Handlungen thatsächlich vorgenommen sind. Dies soll geschehen, indem der Säumige durch den Handelnden „als vertreten angesehen" wird.

§ 62 ist also dahin zu interpretieren: Alle Handlungen des handelnden Genossen werden so betrachtet, als wären sie zugleich Handlungen des säumigen Genossen, auch für letzteren wird durch jede Handlung des ersteren eine prozessuale Situation, d. h: „eine für die schliessliche Entscheidung bedeutungsvolle Rechtslage" (Kohler Grundr. S. 68) geschaffen, nicht nur ist die Entscheidung eine gemeinsame; dies ergiebt sich klar aus dem Worte „vertreten".

Einen sehr starken Gegner hat Hachenburg in Hellmann[1]) gefunden, der gegen ihn geltend macht:

> „Nun kennt aber die C. P. O. ein Abwehren von Versäumnisfolgen in abstracto nicht . . . . Ein inhaltloses Verhandeln kennt das Prozessrecht nicht".

Da nun aber die Fiction des § 62 dem Richter nur vorschreiben kann, den Fall der notwendigen Streitgenossenschaft nach einem gesetzlichen Muster zu behandeln,

> „so ist es undenkbar, dass § 62 Abs. I fictionsweise den Richter anweisen wollte, den Streitgenossen, welcher die Rechtsmittelfrist versäumt hat, so zu behandeln, wie einen, der die Frist nicht versäumt hat, aber auch das Rechts-

[1]) Z. XVII, S. 12 f.

mittel innerhalb derselben nicht erhoben hat; ein solcher existiert für das Gesetz nicht.“.

§ 9.

3. Die verschiedenen Theorien.

Hachenburg bringt die Folgerungen, die er aus dem § 62 zieht, unter den Gesichtspunkt der Reflexwirkung.

Dieser Begriff ist zuerst von Ihering[1]) aufgestellt, von Hachenburg selbst aber etwas verändert; er bezeichnet damit (S. 34)

„diejenigen rechtlichen Wirkungen einer juristischen Thatsache, die unmittelbar und in gleicher Weise für ein weiteres Rechtsverhältnis, als für das sie infolge der Rechtskonsequenz sich äussern sollten, eingetreten sind.“

Sie sind „Inkorrektheiten des Rechts, logische Sprünge“; das Hauptbeispiel ist der Fall, dass bei Minderjährigkeit eines Miteigentümers die Servitut für keinen infolge non usus verloren geht.[2])

Aber trotz dieser engeren Fassung des Begriffs der Reflexwirkung trifft doch nicht in allen hierunter verstandenen Fällen das Merkmal der Reflexwirkung zu: „die rechtlich unlogische mehrfache Wirkung über den Bestimmungskreis hinaus“ (Hachenburg S. 37).

Wenn infolge des usus des einen Miteigentümers die Servitut erhalten bleibt, so steht sie auch ferner den übrigen Miteigentümern zu. Dies ist nicht ein „Abspringen von der Logik“, sondern die natürliche

---

[1]) Von Ihering, Reflexwirkungen S. 248 f., definiert sie als: „Rückwirkungen, welche eine rechtliche oder ökonomische Thatsache über ihre eigentliche durch das Gesetz oder die Absicht der Handelnden oder Berechtigten gesetzten Wirkungssphäre hinaus für dritte Personen äussert.“

[2]) l. X. pr. D. quemadm. serv. am. VIII, 6.

und konsequente Folge aus der Unteilbarkeit des mehreren Personen zustehenden Rechts, die Servitut soll eben das ganze dienende Grundstück, nicht etwa einen ideellen Teil belasten, — sie soll dem herrschenden Grundstück voll und ganz zukommen.[1])

Es giebt nun noch Fälle, wo die Wirkung des einen Thatbestandes in Folge gesetzlicher Vorschrift sich auf dritte Personen ausdehnt. Hierfür führt Kisch (S. 72) folgendes Beispiel an:

> „Wenn nach gemeinem Recht unter bestimmten Voraussetzungen die Appellation eines Genossen A dem unthätigen B zu Gute kommen soll, so ergiebt sich dies weder aus dem Begriff der Appellation, noch aus dem der Streitgenossenschaft, sondern lediglich aus der positiven Vorschrift der l. 10 § 3 D. 49. 1; l. 1. 2. C. VII, 68.

Hier liegen nicht ein, sondern mehrere Thatbestände vor, die mittelbar mehrere Wirkungen äussern; hier ist die „aus einer Thatsache (Einlegung der Appellation) entstandene Rechtswirkung (Anhängigmachung des Rechtsstreits des A in höherer Instanz) wiederum Thatbestandsmoment für eine zweite Folge" (Rechtsabhängigkeit des Prozesses des B in höherer Instanz).

Wir haben also zwei verschiedene Thatbestände:

> „Die erste Thatsache hat also nicht direkt, sondern nur aus ihrer Wirkung eine zweite Wirkung erzielt. Dies ist durchaus nichts von dem logischen Gang der Dinge Abweichendes",

so Hachenburg (S. 35) selbst.

[1]) Wie aus dem B. G. B. § 1009 Abs. 1 hervorgeht: „die gemeinschaftliche Sache kann auch zu Gunsten eines Miteigentümers belastet werden", duldet auch diese Gemeinschaft eine Unabhängigkeit der einzelnen Rechtsverhältnisse.

Die Eigentümlichkeit des materiellen Rechts allein würde jedoch nicht hinreichen, die gewöhnlichen Prozessgrundsätze zu ignorieren, denn der thätige Genosse führt nur seinen eigenen Prozess. Dass das Handeln des thätigen Genossen für den Prozess des säumigen mitwirkt, ist eine positive Ausnahmebestimmung des formellen Rechts; nicht kann dies das materielle Recht bestimmen.

Hier sehen wir also eine „Inkorrektheit" des Rechts selber, hier fügt sich das Gesetz „den Bedürfnissen des wirklichen Lebens", aber „die Wirkung einer juristischen Thatsache tritt" nicht „unmittelbar für ein weiteres Rechtsverhältnis ein," sondern als Ausfluss positiver Ausnahmebestimmungen.

Wir können Hachenburg also nicht folgen, wenn er die positiven Bestimmungen des Gesetzes, weil sie eine Fiktion enthalten, ignoriert.

Die communis opinio fasst die Stellung des handelnden Genossen als Vertretung des säumigen auf, wenn auch über die Art der Vertretung keine Einigkeit erzielt ist.

Vertreter ist, wer ein Rechtsgeschäft für einen anderen und an seiner Stelle vornimmt.

Der Unterschied von Stellvertretung und Reflexwirkung ist also der, dass für den handelnden Vertreter keine Folge Platz greift, während bei der Reflexwirkung der Erfolg für beide Teile, den handelnden und den nichthandelnden, eintritt.

Die Stellvertretung ist die Vornahme eines Rechtsgeschäfts, also Abgabe einer Willenserklärung[1]) für einen andern. Von einer Vertretungsmacht, die auf dem Willen des Vertretenen beruht, ist im § 62 aber nichts zu finden. Deshalb wird hier eine [gesetzlich

[1]) Vgl. B. G. B. § 164.

vermutete[1]) Vollmacht oder eine Vertretung kraft Gesetzes angenommen.

Im Falle der vermuteten Vollmacht verlangt die C.P.O. im § 89, dass der zur Prozessführung einstweilig zugelassene Geschäftsführer ohne Auftrag oder Bevollmächtigter ohne Vollmacht vor Erlass des Endurteils die Genehmigung beizubringen hat. Diese Genehmigung wird aber im § 62 C.P.O. nicht gefordert.

Aber auch von einer Vertretung kraft Gesetzes[2]) kann gegenüber dem klaren Wortlaut des § 62 keine Rede sein. Denn bei einer wirklichen Vertretung bedürfte es keines Befehles an einen Richter, den Handelnden als Vertreter des Nichthandelnden anzusehen.

Ausserdem kommt hier noch in Betracht, dass für den Eintritt der im § 62 C.P.O. ausgesprochenen Wirkung der Wille des säumigen Genossen ohne Bedeutung ist; denn hier würde die Vertretung selbst gegen den Willen[3]) desselben geschehen können, da das Gesetz dies nicht verboten hat.

Aber auch ein Wille des Vertreters, für den Vertretenen zu handeln, ist hier nicht vorhanden; jeder Streitgenosse betreibt seinen eigenen Prozess, der Wille für den Säumigen zu handeln ist in der Regel nicht vorhanden; sollte derselbe thatsächlich vorliegen, so kommt es darauf „nach dem kategorischen Ausspruch des Gesetzgebers nicht an". (Wachenfeld S. 128.)

§ 62 ermächtigt also nur den Richter, nur die prozessuale Situation, die der fleissige Streitgenosse

[1]) Eine solche nehmen an Endemann § 59, Ziff. 2, v. Canstein Z. 8, S. 239.

[2]) So alle Commentare mit Ausnahme v. Seuffert (Wilmowsky, Levy sprechen von praesumptio juris et de jure.) Vgl. v. Kries S. 36 ff. und RG. Bd. 17 S. 359.

[3]) „Dies gilt selbst gegen den Willen des Säumigen, welcher vielleicht erwiesenermassen den Anspruch des Gegners seinerseits anerkennen will." Wilmowski und Levy § 59, Ziff. 4.

geschaffen, für das Urteil in dem Prozess des Säumigen mit zu Grunde zu legen; dagegen wird ein Vertretungsverhältnis nicht geschaffen.

Nach Kisch S. 76f. „besteht kein Bedenken, im § 62 C. P. O. einen Fall wirklicher Vertretung gegeben zu finden," und zwar dann nicht, wenn man den Begriff der Vertretung weiter fasse.

> „Schon im Privatrecht lassen sich Vertretungshandlungen denken, bei denen die Beziehung auf den Prinzipal gewissermassen objektiviert erscheint."

Beispiel: die Handlungen des Handlungsgehülfen im Verkaufsladen.

Diese Anschauung ist aber völlig zu verwerfen. Denn wenn auch zugegeben werden mag, „dass im Einzelfalle das Bewusstsein und der Wille des Handelns für eine dritte Person fehlen kann," so ist dieser Wille von vornherein vorhanden gewesen, und auf der anderen Seite liegt doch jedenfalls der bewusste Wille des Vertretenen vor, sich vertreten zu lassen. Im Fall des § 62 war aber von vornherein der Wille, zu vertreten oder sich vertreten zu lassen, nicht vorhanden.

Die Ansicht, der fleissige Streitgenosse sei Vertreter des Säumigen, widerspricht auch vollständig den Worten des Gesetzes: „als vertreten angesehen," d. h. denn doch, er ist es nicht.[1]) Seine Eigenschaft

[1]) Hiermit erledigen sich auch die Ausführungen von Wach, Krit. V. J. Bd. 14, S. 345: „Es ist ein bisher unerhörter Grundsatz, dass bei subjectiver Klagenhäufung wider oder ohne Willen der Partei und ohne nachträgliche Ratihabition einer der Mitkläger oder Mitbeklagten befugt sein soll, Prozesshandlungen mit bindender Kraft als Vertreter seiner säumigen Genossen vorzunehmen."

als Vertreter soll blos fingiert werden, d. h. der Gesetzgeber

> „überträgt den Begriff zum Zweck der Anwendung seines Inhalts auf einen Rechtsthatbestand . . . .[1]).

Durchgängig bedeutet die Fiction nicht ein Ignorieren, Umdichten des wahren Thatbestandes."

Der Säumige wird also nicht zum Handelnden, die Unwahrheit nicht zur Wahrheit, woraus folgt,

> „dass die Uebertragung der Rechtswirkung eines Thatbestandes nicht eine mechanische sein darf, sondern eine „entsprechende" sein muss.[2])

Nach Bülow[3]) ist die Fiction ein erlaubtes Mittel der Gesetzgebung, oft ein unentbehrliches für den Uebergang vom alten zum neuen[4]), aber sie ist kein Rechtsinstitut.

Dogmatisch dagegen ist sie zu verwerfen „als ein Nebelbild, welches die wahre rechtliche Bildung umhüllt."[5]) Wenn wir nun auch nicht so glücklich sind, an Stelle dieser Fiction die richtige terminologische Bezeichnung setzen zu können, und so den Vorwurf von Kisch, dass durch die Annahme einer

---

[1]) S. Wach, Handb. S. 301 ff., vgl. auch Ihering, Geist, Bd. 3, S. 293—301.

[2]) Hieraus schon ergiebt sich, dass die Wirkungen des § 62 nicht die gleichen sein können, je nachdem man sie auf eine wirkliche Vertretung oder auf den Gedanken einer Vertretungsfiction zurückführt (anders Kisch, S. 47). Uebereinstimmend Kohler, Ges. Beitr. S. 51: „Das fingierte Rechtsverhältnis teilt niemals vollständig die Züge des wirklichen."

[3]) Arch. f. c. P. Bd. 62, S. 1 ff.

[4]) Savigny, Beruf, S. 32 führt aus: „Entsteht eine neue Rechtsform, so wird dieselbe unmittelbar an eine alte bestehende angeknüpft und ihr so die Bestimmtheit und Ausbildung derselben zugewendet."

[5]) Kohler ges. Beitr, S. 51.

b. Zweck der fingierten Vertretung.

Zwei Ansichten über den Zweck der fingierten Vertretung stehen sich gegenüber:

Vermeidung divergierender Erkenntnisse — Schutz für den ausgebliebenen Genossen.

Wie aus der kurzen historischen Uebersicht ersichtlich, ist der Zweck des Gesetzes in erster Linie, einheitliche Urteile für und gegen alle Streitgenossen zu ermöglichen, „damit nicht durch widersprechende Urteile über dieses Rechtsverhältnis unlösbare Verwicklungen herbeigeführt werden.“[1])

Die nordd. Kommission entnahm aus dem französischen Verbindungsurteil die Notwendigkeit einer Verbindung, die verhindern sollte, dass gegen den einen Streitgenossen ein condemnatorisches gegen den andern ein Versäumnisurteil ergeht. Dabei verfuhr man in Konsequenz der Anschauung der Motive zum Preussischen Entwurf, dass für gewisse Rechtsverhältnisse ein gemeinschaftliches Handeln erforderlich sei.

Dies die Grundlage für die erste Art der notwendigen Streitgenossenschaft, welche gemeinschaftliche Durchführung der mehreren Prozesse bezweckt.

Die zweite Art umfasst die Fälle der exc. plur. litis-cons. Wenn auch in der Nordd. Kommission mehrfach das Prinzip, auf dem jene exceptio beruht, zur Sprache gekommen ist, so ist dasselbe in den

[1]) Auch art. 153 des französischen Gesetzes verfolgt diesen Zweck: nous aurons entre les mêmes parties dans une cause identique, émouée d'un même tribunal, deux décisions directement, absolument opposées. C'est pour prévenir ce scandale judiciaire, si propre à infirmer la confiance qu'il est nécessaire d'imprimer aux décisions des tribunaux, qu'intervient l'art. 153. So Boitard Bd. II S. 374.

Motiven zum Nordd. Entwurf und zur C. P. O. nicht berücksichtigt. Als Zweck auch der zweiten Art findet sich in den Motiven nur die Vermeidung divergierender Entscheidung.

Nach Wachenfeld S. 131 existiert die erste Art der notwendigen Streitgenossenschaft überhaupt nicht, da also der Kern der notwendigen Streitgenossenschaft in der zweiten Art beruhe, so müsse man die ratio litis im Anschluss an dieselbe bestimmen. Der Beklagte verliere sein in der exceptio enthaltenes Recht, wenn er infolge Nichterscheinens in der Verhandlung contumaciert werde, während der fleissige Genosse durch die Geltendmachung der exceptio siege. Es müsse also auch der säumige Genosse vor dem Verluste der Einrede geschützt werden, um derenthalben überhaupt eine notwendige Streitgenossenschaft angenommen werde.

Wenn Wachenfeld die erste Art der notwendigen Streitgenossenschaft auch als nicht vorhanden betrachtet, so subsummierte doch der Gesetzgeber bestimmte Fälle unter dieselbe, wie sich aus den Motiven ergiebt.

§ 62 C. P. O. bezieht sich auch auf eine Klägermehrheit, während die exc. plur. litis-c. nur dem Beklagten zusteht.

Wenn sämtliche Streitgenossen im Termine erscheinen, so kann eine solche Einrede und mit ihr das in derselben angeblich enthaltene Recht überhaupt nicht geltend gemacht werden. Der säumige Beklagte verliert also durch sein Nichterscheinen nicht sein Recht; er verschafft vielmehr erst durch seine Unthätigkeit den übrigen Streitgenossen die Möglichkeit, die Einrede geltend zu machen.

Es müssen aber auch die Folgerungen Wachenfelds aus dem Schutzprinzip verworfen werden:

Ein Streitgenosse, der zwar erscheint, aber nicht verhandelt, werde allerdings auf Grund von §§ 330, 333 C. P. O. contumaciert, nicht aber komme die Ausnahme des § 62 C. P. O. zur Anwendung: es dürfe demselben nicht die Möglichkeit genommen werden, sich contumacieren zu lassen.

Der Schutzzweck wird auch noch von einem andern Gesichtspunkt aus verteidigt:[1])

Das Gesetz wolle den säumigen Streitgenossen vor Rechtsverwirkung schützen. Die Anhänger der Vertretungstheorie liessen nicht nur die Versäumnis abwehrenden, sondern sämtliche Prozesshandlungen des „Vertreters“ gegen den Nichterschienenen gelten; so könne im Prozess durch Geständnis, Anerkenntnis und Verzicht das Recht des „Vertretenen“ nach freier Willkür des „Vertreters“ unwiderbringlich verloren gehen, während derselbe nach materiellem Recht nicht einmal über seinen eigenen Anspruch verfügen könne.

Es soll daher für den Ausgebliebenen nur das ihm günstige Vorbringen des erschienenen Genossen wirken.

Das Gesetz bietet jedenfalls keinen Anhaltspunkt für den Schutzzweck, denn es ist doch nicht immer möglich, a priori die Nützlichkeit oder Nachteiligkeit einer Handlung zu bestimmen. Auch sämmtliche Entwürfe und Motive beziehen die „Vertretung“ auf ungünstiges Handeln.[2])

---

[1]) Von Hachenburg S. 11, der den Schutzzweck aber nur verteidigt, um gegen die Vertretungstheorie zu kämpfen. Da seine Theorie aber mit demselben nicht zu vereinigen ist, wendet er sich S. 33 der anderen Ansicht zu.

[2]) Vgl. oben S. 48.

Wenn man hiervon ausgeht, so ergiebt sich klar der Zweck des § 62:

Nicht der säumige Genosse soll geschützt, sondern widersprechende Erkenntnisse sollen vermieden werden — dem materiellen Recht soll durch die Bestimmung des § 62 C. P. O. gedient werden.

Die Anwendung des § 62 ist daher nicht notwendig ein Vorteil für den Ausgebliebenen, denn das einfache und billige Mittel des Einspruchs geht ihm in jedem Falle verloren.

Hierbei ist aber zu beachten, dass jeder Streitgenosse wissen muss, dass in der Sache nur einheitlich entschieden werden kann, denn entweder hat er als Streitgenosse geladen oder ist als solcher geladen worden, oder er ist in den Rechtsstreit eingetreten. Ausserdem muss er nach § 62 Abs. 2 C. P. O. im späteren Verfahren zugezogen werden, und kann durch sein Eingreifen der „Vertretung“ ein Ende machen.

Bei diesen Voraussetzungen kann man aus seiner Säumnis nur folgern, dass er damit einverstanden ist, dass die Herbeiführung der Entscheidung in die Hand des Erschienenen gelegt werde.

II. Der Umfang der fingierten Vertretung.

a. Im Termine.

§ 11.

1. Bei Prozess betreibenden Handlungen, insbesondere bei Beweishandlungen.

Die Gefahr verschiedener Entscheidung, die zu vermeiden, wie wir eben gesehen, der Zweck des Gesetzes ist, ist hauptsächlich in dem Falle gegeben, wo ein Genosse im Termine ausbleibt, und so die Möglichkeit schafft, dass die bisher verbundenen Prozesse auseinandergerissen werden.

Schon bei der gewöhnlichen Streitgenossenschaft ist das Gesetz bestrebt, die gemeinsam begonnenen Prozesse gemeinschaftlich durchzuführen: gemäss § 63 C. P. O. soll jeder Streitgenosse befugt sein, ausser dem Gegner auch die übrigen Streitgenossen zur Verhandlung zu laden.

Im Falle des § 62 C. P. O. soll aber „die notwendig eintretende Verbindung“ [1]) eine engere als in jenen Regelfällen sein. Hier soll eine Gleichheit der prozessualen Lage der mehreren Prozessrechts-Verhältnisse, die sich zu einem Verfahren vereinigen, erzielt werden; denn nur auf Grund der gleichen prozessualen Situation können in verschiedenen Prozessen gleiche Urteile erzielt werden. Diese gleichen prozessualen Situationen können aber nur vorhanden sein, wenn die Handlungen des Erschienenen auch für den nichterschienenen Streitgenossen wirken.

Würde dies nicht der Fall sein, so würde es statt: der Säumige wird „als vertreten angesehen“, im § 62 besser heissen: die Vertretung wird nur in Bezug auf die Versäumnis fingiert.

Wenn nun auch „eine Kollision zwischen den übertragenen Grundsätzen der Vertretung und denen des ursprünglichen Rechtsverhältnisses unausbleiblich ist, da die Vertretung als blosse Fiction das ursprüngliche Rechtsverhältnis unberührt lässt“, so scheint doch die unbedingte Uebertragung der Grundsätze der Vertretung in Bezug auf die prozessbetreibenden Handlungen eine durchaus „entsprechende“ zu sein.

Diese Uebertragung hat den Sinn, dass der ausgebliebene Streitgenosse so angesehen wird, als habe er in der gleichen Weise verhandelt, wie der Erschienene. Insofern ist die Thätigkeit des fleissigen

[1]) Nordd. Prot. S. 638 und Mot. zur C. P. O. S. 82.

Streitgenossen nicht nur versäumnisabwehrend, sie bringt den Prozessstoff auch weiter, sie schafft durch jede Prozesshandlung auch in dem Prozess des Säumigen eine neue prozessuale Situation, so dass auf Grundlage derselben übereinstimmende Urteile erzielt werden können —, nicht nur sollen widersprechende Erkenntnisse vermieden werden.

So muss der Säumige die Anträge, Erklärungen und Beweishandlungen[1]) des fleissigen Streitgenossen. als wären sie von ihm selbst bewirkt, bei seinem etwaigen späteren Eintritt in den Prozess gegen sich gelten lassen, und kann in gleicher Weise ihre Geltung für sich beanspruchen.[2])

Insbesondere ist zu bemerken, dass der ausgebliebene Streitgenosse, wenn er Beklagter ist, so angesehen wird, als habe er sich zugleich mit dem erschienenen zur Sache eingelassen: infolgedessen tritt noch für ihn die praecludierende Wirkung der Einlassung des Erschienenen ein:

Er kann also bei seinem späteren Eintritt in den Prozess z. B. nicht mehr den wahren Besitzer benennen (§ 76 C. P. O.). überhaupt einen das Verfahren betreffenden Mangel nicht mehr rügen[3]). wenn der Erschienene auf die Rüge verzichtet hat.

[1]) Hierbei ist es im Resultat gleichgültig, ob man sie direkt, oder wie Hachenburg, erst indirekt auf dem Wege durch das Endurteil wirken lassen will. Haben also mehrere Genossen einen und denselben Thatbestand zu beweisen, d. h. dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit eines bestimmten Thatbestandes beizubringen, so kann diese Ueberzeugung immer nur eine sein, mögen die verschiedenen Streitgenossen unter einander noch so sehr differieren.

[2]) Vgl. Reichsger. Bd. XVII, S. 359.

[3]) § 295 C. P. O.. vgl. hierzu Schultze Zeitbestimmungen S. 15 f.

Die „Vertretung“ bewirkt aber auch, dass der Ausgebliebene als erschienen angesehen wird, nimmt daher der Gegner Handlungen vor, die, um wirksam zu sein, der Gegenpartei zugegangen sein müssen, so sind sie dem nichterschienenen Streitgenossen gegenüber wirksam. Daher gilt jede neue, in den Schriftsätzen nicht enthaltene gegnerische Behauptung von Thatsachen, Benennung von Zeugen, Klageänderung u. s. w., sowie auch eine vom Gegner erhobene Widerklage als zur Kenntnis des Säumigen gelangt. Auch über Eideszuschiebungen, die nur allen Streitgenossen gegenüber erfolgen können, kann sich der Erschienene mit Wirkung für alle erklären.

Es dürfte angebracht sein, an dieser Stelle kurz auf die Frage der Vertretung in Bezug auf Beweishandlung, insbesondere aber auf die Bedeutung des § 472 C. P. O. für die notwendige Streitgenossenschaft des § 62 C. P. O. einzugehen.

Gerade die letztere Frage gehört zu den am meisten bestrittenen aus dem Gebiete der notwendigen Streitgenossenschaft:

I. Nach von Amelunxen (S. 58) bezieht sich der § 472 auf beide Arten der notwendigen Streitgenossenschaft, welche identisch sein sollen — eine Annahme, die, wie wir schon früher gesehen haben, falsch ist. von Amelunxen stützt sich zur Begründung seiner Ansichten auch auf die Entstehungsgeschichte der beiden Paragraphen, insbesondere auf die Motive zur C. P. O. Diese können jedoch nie dann ins Gewicht fallen, wenn der Wortlaut des Gesetzes ihnen widerspricht.

II. Von anderer Seite wird behauptet: nicht weil beide Arten der notwendigen Streitgenossenschaft identisch seien, sondern weil ihr Ziel dasselbe sei, korrespondiere § 472 mit dem ganzen § 62.

Gegen diese Ansicht[1]) können wir kurzer Hand auf unsere früheren Ausführungen verweisen, wonach Notwendigkeit einheitlicher Feststellung und Notwendigkeit der Streitgenossenschaft sich nicht decken.

III. Andere Schriftsteller fassen das Anwendungsgebiet des § 472 teils enger, teils weiter:

Der Hauptvertreter der letzteren Ansicht ist Wachenfeld (S. 147 ff), der den § 472 auch in den Fällen der gewöhnlichen Streitgenossenschaft angewendet wissen will.

Durch die Bestimmung des § 472 werde mit Rücksicht auf die Heiligkeit des Eides vermieden, dass in demselben Prozessverfahren ein und dieselbe Thatsache zugleich als wahr und nicht wahr beschworen werde, der § 472 bezwecke also nicht die Einheitlichkeit der Urteile, sondern Vermeidung widersprechender Eidesleistungen. Aber nicht nur im Falle des § 62, sondern auch z. B. im Falle des § 60 könne es vorkommen, dass eine und dieselbe Thatsache für die Rechtslage mehrerer Genossen in Betracht komme. Infolge dessen spreche § 472 auch nicht von dem streitigen Rechtsverhältnis, d. h. „dem Rechtverhältnis, um welches sich der ganze Streit dreht" wie § 62, sondern von irgend einem, und da ferner § 472 im Gegensatz zu § 62 von einer Thatsache spreche, so sei § 472 anzuwenden, wenn es sich um eine einheitlich festzustellende Thatsache handle.

„Wenn nun erstens das Rechtsverhältnis, das § 472 erwähnt, nicht identisch ist mit dem des § 62, und zweitens die Kriterien beider Paragraphen verschiedenartig sind, indem der eine eine festzustellende Thatsache, der andere das festzustellende Rechtsverhältnis hervorhebt, so kann sich § 472 nicht speziell

[1]) Vgl. insbes. Hachenburg S. 99; Trutto S. 211.

auf die notwendige Streitgenossenschaft, sondern muss sich auf jede beziehen, bei welcher eine Thatsache in Frage kommt, welche eine gleiche Rechtslage aller Genossen betrifft."

Gegen diese Auffassung Wachenfelds ist in erster Linie die Vorgeschichte der Gesetzesbestimmung ins Feld geführt.[1]) Obwohl dieselbe gegen Wachenfelds Auffassung zu sprechen scheint, kann man sie doch nicht als vollgewichtiges Argument anerkennen.

Dagegen sprechen mehrere Gründe dogmatischer Natur gegen Wachenfelds Ansicht:

1. Der Wortlaut des § 472 C.P.O. Nach § 445 C.P.O. kann ein Eid nur über Thatsachen geleistet werden, daher spricht § 472 von einer zu beschwörenden Thatsache, die für ein „nur einheitlich festzustellendes Rechtsverhältnis von Einfluss ist", nicht von einem zu beschwörenden Rechtsverhältnis.

2. Nach Wachenfeld ist ferner im § 62 von dem, „d. h. von dem streitigen Rechtsverhältnis" die Rede, während im § 472 irgend ein Rechtsverhältnis erwähnt wird, „welches zwar auch bestritten wird, aber das streitige Rechtsverhältnis nur mittelbar berührt."

Wenn Wachenfeld nun zugesteht, für ein präjudizielles Rechtsverhältnis könne die Notwendigkeit einheitlicher Feststellung eines Rechtsverhältnisses bestehen, so muss man doch fragen, weshalb diese Notwendigkeit nicht auch für das streitige Rechtsverhältnis bestehen kann.

Man nehme nur den Fall an, die Arbeiter klagen in dem von Wachenfeld angeführten Beispiele nicht auf Schadensersatz, sondern, da die Kläger wissen wollen, wie sie sich verhalten sollen, um z. B. die Gefahr eines Verlustes oder unnötiger Ausgaben ab-

[1]) S. bes. Kisch S. 105 f.

zuwenden.[1]) auf Feststellung des Bestehens der Schadensersatzpflicht des Bauunternehmers, so wäre nach Wachenfelds Ansicht dieses Rechtsverhältnis als nicht präjudizielles nicht einheitlich festzustellen, wogegen bei Klage auf Schadensersatz die Notwendigkeit der einheitlichen Feststellung dieses Rechtsverhältnisses bestände. Aber dieses Beispiel passt für unsere Zwecke nicht recht, da hier kein Fall der notwendigen Streitgenossenschaft im Sinne des § 62 C.P.O. vorliegt. Wir greifen daher auf unser früheres Beispiel[2]) zurück.

Der Eigentümer des dienenden Grundstücks klagt auf Feststellung des Nichtbestehens einer Servitut gegen die drei Miteigentümer des herrschenden Grundstücks. A. behauptet, innerhalb der erforderlichen Zeit die Servitut ausgeübt zu haben, was der Gegner bestreitet, während B. und C. die Nichtausübung der Servitut ihrerseits zugestehen. A. nimmt den ihm zugeschobenen Eid über die seinerseits erfolgte Ausübung der Servitut an — in diesem Falle dürfte wohl infolge des Zugeständnisses die Zuschiebung des Eides an B. und C. unzulässig sein, ebenso wie nach § 448 Abs. 2 C.P.O. die Zurückschiebung an den Kläger von Seiten des A. Hier kann trotz der Mehrheit der Prozesse nur einheitlich entschieden werden; es wird aber das Rechtsverhältnis des Klägers den Beklagten gegenüber, nicht die Thatsache der Ausübung oder Nichtausübung der Servitut einheitlich festgestellt, vielmehr wurde dieselbe in den mehreren Prozessen verschieden festgestellt. Im § 472 C.P.O. ist also nicht die einheitlich festzustellende Thatsache, sondern das einheitlich festzustellende Rechtsverhältnis das Entscheidende. Es kann also, wie schon oben[3]) angedeutet ist, der Satz Wachenfelds:

[1]) Vgl. R. G. Bd. 8, S. 4; 13, S. 373; 23, S. 347.
[2]) S. 28.
[3]) S. 29.

„Eine Thatsache ist dann immer einheitlich festzustellen, wenn sie für ein nur einheitlich festzustellendes Rechtsverhältnis von Einfluss ist.“ für die Streitgenossenschaft im Sinne des § 62 nicht richtig sein.

Durch diese Beweisführung glauben wir zugleich unsere frühere Behauptung ausführlicher begründet zu haben, dass für die Feststellungsklage die Notwendigkeit einheitlicher Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses in allen Fällen besteht.

3. Gegen Wachenfelds Ansicht spricht noch folgendes: Nach seiner Meinung bezweckt § 472 C.P.O. in Rücksicht auf die Heiligkeit des Eides die Vermeidung widersprechender Eidesleistungen. Wäre dies thatsächlich der Zweck des Gesetzes, so würde die Gefahr widersprechender Eide bei der Ausdehnung des § 472 auf die Fälle der gewöhnlichen Streitgenossenschaft nicht nur nicht vermindert, sondern bedeutend vergrössert werden.

Der Zweck unserer Gesetzesbestimmung ist also nicht die Vermeidung widersprechender Eidesleistungen, sondern Vermeidung widersprechender Entscheidungen über das streitige Rechtsverhältnis, denn nur bei diesem wäre die Möglichkeit widersprechender rechtskräftiger Feststellungen denkbar.

IV. Nach unseren bisherigen Ausführungen bleibt uns nichts weiter übrig, als uns der Meinung derjenigen anzuschliessen, die behaupten, § 472 beziehe sich nur auf die erste Art der notwendigen Streitgenossenschaft des § 62:[1])

Nach dem Wortlaut des § 472 tritt die freie Beweiswürdigung an die Stelle der gesetzlichen Beweisregel nur im Falle der Notwendigkeit der einheitlichen

[1]) Warmuth S. 508; Kroll S. 162; Struckmann-Koch, Ziff. 1 zu § 434 (472).

Feststellung des Rechtsverhältnisses, nicht auch in den Fällen der eigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft. Im letzteren Falle stehen sich die Streitgenossen wiederum als einzelne gegenüber, denn das Prinzip des § 62 kann auf die Eidesleistung keine Anwendung finden, da hinsichtlich dieser einen Vertretung überhaupt nicht stattfinden kann. (§ 478 C.P.O.)

Wir haben also festgestellt, dass § 472 sich nur auf die Leistung des Schiedseides im Falle der ersten Art der notwendigen Streitgenossenschaft bezieht.

§ 472 bestimmt nun, soll ein Eid über eine Thatsache, welche für ein allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festzustellendes Rechtsverhältnis von Einfluss ist, den notwendigen Streitgenossen zugeschoben oder zurückgeschoben werden, so bedarf es hierzu der Zuschiebung oder Zurückschiebung an sämtliche schwurfähige Streitgenossen, und für den Fall, dass die Streitgenossen den Eid zuschieben oder zurückschieben wollen, so bedarf es hierzu einer übereinstimmenden Erklärung sämtlicher Genossen.

Falls also der Eid auch nur an einen der Streitgenossen nicht zugeschoben oder zurückgeschoben war, oder falls einer der Streitgenossen der Zuschiebung oder Zurückschiebung des Eides widersprochen hatte, so gilt die Zuschiebung oder Zurückschiebung des Eides überhaupt als nicht erfolgt.

Als Eidesbeweis gilt demnach auch die Zuschiebung an alle Schwurfähigen auch denjenigen Streitgenossen gegenüber, denen der Eid nicht zugeschoben werden kann.

Ferner müssen alle Streitgenossen, damit der Eid als angenommen gelte, den ihnen zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eid annehmen. Demnach gilt der Eid als nicht angenommen, wenn ein Streitgenosse die Annahme verweigert.

In diesem Falle — zumal für die Annahmeerklärung ein gleichzeitiges Handeln sämtlicher Genossen nicht erforderlich ist — entscheidet das Gericht nach freier Ueberzeugung, ob die Behauptung, deren Beweis durch Eideszuschiebung angetreten ist, für wahr zu erachten ist.

Auch in dem Falle, dass nach erfolgter Annahme durch sämtliche Genossen eine Genosse den Eid leistet, der andere die Leistung verweigert, tritt die Regel der freien Beweiswürdigung des § 286 C. P. O. an die Stelle der gesetzlichen Beweisregel.

Dies muss, wie Wachenfeld S. 152 richtig ausführt, auch gelten, wenn nicht alle Genossen schwurfähig sind, die schwurfähigen aber die Eidesleistung verweigern.

> „Denn dann wäre es immerhin möglich, dass der nicht Schwurfähige, falls er schwurfähig gewesen wäre, den Eid geleistet hätte, so dass teilweise Leistung und teilweise Weigerung vorliegen würde."

Die ordentliche Beweisregel des Eides findet also nur Anwendung,

1. wenn sämtliche Genossen den Eid leisten oder verweigern oder als verweigernd anzusehen sind,
2. wenn ein Teil der Genossen schwurfähig ist und dieser den Eid leistet.

Der § 472 C. P. O. spricht nur vom Eide. Hachenburg will die Regel desselben auch auf die Dispositionsakte wie Geständnis, Verzicht und Anerkenntnis angewendet wissen, da die Eideszuschiebung ebenso wie jene Akte im Gegensatz zu den Beweismitteln Mittel formeller Feststellung sei. Zur Begründung dieser Ansicht behauptet Hachenburg S. 60 f.[1]), der Eid gehöre

---

[1]) Vgl. Kisch S. 82 f.

nicht zu den Beweismitteln, sondern sei ein Mittel formeller Feststellung. Der Eid hat, was unbestritten ist, im Gegensatz zu den übrigen Beweismitteln formellen Charakter, aber nach dem Wortlaut des Gesetzes gehört er zweifellos zu den Beweismitteln, es ist also die Eideszuschiebung Beweisantretung — einer Revision der C. P. O. mag es vorbehalten bleiben, den Eid aus der Reihe der Beweismittel zu streichen.

Es würde ausserhalb des Rahmens unserer Arbeit liegen, wenn wir diese Frage weiter verfolgen wollten, für unseren Zweck genügt die Feststellung, dass de lege lata die Eideszuschiebung kein Dispositionsakt ist. Hiernach erübrigt es sich auch, auf die Schlussfolgerungen, die aus der gegenteiligen Ansicht gezogen sind, näher einzugehen.

Der § 472 dient also lediglich dem Zwecke, die durch widersprechende Eidesleistungen hervorgerufene Gefahr divergierender Entscheidungen in dem Falle, wo das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann, zu vermeiden.

Nur bei der Eidesfrage verlangt die C. P. O. gemeinschaftliches Handeln, im übrigen gilt also die Regel des § 61, dass die Handlungen des einen Genossen dem andern weder zum Vorteil noch zum Nachteil gereichen. Jede Art der Antretung des Beweises seitens eines Genossen ist daher prozessualisch wirksam, wobei aber zu berücksichtigen ist, dass der Richter eine Thatsache, die für mehrere Genossen in Betracht kommt, trotz der verschiedenen Prozesse nur einheitlich feststellen kann, soweit ihm zur Bildung der eigenen Ansicht ein Spielraum gelassen ist. Es kann aber auch die richterliche Ansicht, zu der der Richter durch gesetzliche Beweisregeln genötigt ist,

allen bestreitenden Rechtsgenossen gegenüber nur eine und dieselbe sein.

Es wirkt also die durch den Eid der schwurfähigen Streitgenossen ermittelte Wahrheit zu Gunsten aller, auch der nicht schwurfähigen Streitgenossen.

Wachenfeld, dessen Ausführungen wir hier folgten, wählt folgendes Beispiel (S. 155): Ein Streitgenosse legt eine öffentliche Urkunde vor, die auch für die übrigen Streitgenossen von Einfluss ist. Der Inhalt dieser Urkunde ist vom Richter für die betreffenden Streitgenossen als wahr anzunehmen. Es kann jedoch gemäss § 61 jeder Streitgenosse durch eine andere öffentliche Urkunde den Inhalt der ersten entkräften. Hierdurch würde die Ansicht des Richters, die er auf Grund des § 417 gewinnen musste, wieder beseitigt, und hat derselbe jetzt auf Grund der freien Ueberzeugung zu entscheiden.

Es dürfte daher im Anschluss an die communis opinio gerechtfertigt sein, für Beweishandlungen, insbesondere auch für solche, wo die Prozessordnung gemeinschaftliches Handeln erfordert, wie für die Zuschiebung und Zurückschiebung des Eides das Prinzip des § 62 anzunehmen.

Der nichtsäumige Genosse handelt hier immer in erster Linie für sich und nur, insoweit er dies thut, ist eine „Vertretung“ des Säumigen möglich.

Eine „Vertretung“ können wir hier um so eher annehmen, als ja der Säumige vor einem Nachteile, der ihm durch die „Vertretung“ erwachsen könnte, dadurch bewahrt ist, dass einerseits der Richter nach freiem Ermessen die objektive Wahrheit jeder zu beweisenden Thatsache zu finden hat, andererseits aber die richterliche Ansicht, die zu fassen der Richter durch gesetzliche Beweisregeln gezwungen ist, auch gegenüber den bestreitenden Streitgenossen im Falle

der ersten Art der notwendigen Streitgenossenschaft nur eine und dieselbe sein kann.

Die „Vertretung“ kann, in Berücksichtigung des Umstandes, dass die Eidesleistung eine höchstpersönliche Handlung ist (§ 478 C. P. O.), nun nicht so weit führen, dass der Eid den nichtsäumigen Streitgenossen zugleich als „Vertreter“ der säumigen Streitgenossen zugeschoben oder zurückgeschoben wird, denn § 472 verlangt ausdrücklich, der Eid müsse sämtlichen Streitgenossen zugeschoben oder zurückgeschoben werden. Ausserdem wären hier die nichtsäumigen Streitgenossen auch nicht „Vertreter“ im Sinne des § 62.

So unterliegen also prinzipiell alle prozessbetreibenden Handlungen den Grundsätzen des § 63 C. P. O.

Hierbei ist aber zu berücksichtigen, dass die prozessuale Lage der Streitgenossen infolge der Mehrheit der Prozesse von vornherein nicht immer die gleiche ist. Nimmt ein Streitgenosse also Prozesshandlungen vor, welche nur für ihn von Bedeutung sind, mit der gemeinsamen Rechtslage aller Streitgenossen aber nichts zu thun haben, so kommt die Bestimmung des § 62 C. P. O. nicht zur Anwendung.

Wenn z. B. ein Streitgenosse behauptet, Kläger habe ihm die Kosten eines früher gegen ihn geführten Rechtsstreites noch nicht erstattet, und aus diesem Grunde die Einlassung verweigert (§ 271 Abs. 4 C. P. O.), so wird gegen ihn die Klage abzuweisen sein; gegen den ausgebliebenen Streitgenossen ist Versäumnisurteil zu erlassen. Hier wird der Säumige ebensowenig als vertreten angesehen, wie zum Beispiel in dem Falle, wo der Erschienene nur für seine Person den Gerichtsstand des Wohnsitzes bestreitet.

Ebenso ist es natürlich, wenn von mehreren Klägern einer nachweist, er habe die ihm gegenüber bestrittene Kostenerstattung geleistet. Hier ist dieser

Streitgenosse zu dem Nachweise, der säumige Streitgenosse habe ebenfalls die Kosten aus einem früheren Prozesse dem Beklagten erstattet, nicht befugt. Dies würde der Vertretungsfiction widersprechen; denn nur so weit der Erschienene in seinem eigenen Prozess ihm zustehende Prozesshandlungen vornimmt, „vertritt" er zugleich den Säumigen.

Ferner ist noch folgender Fall zu betrachten:

Wenn z. B. ein Genosse, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt, und damit den sog. Gerichtsstand der stillschweigenden Vereinbarung begründet (§ 39 C. P. O.), so wirkt dies nicht für oder gegen den säumigen Beklagten, denn das Gericht hat seine Zuständigkeit von Amtswegen für jeden der mehreren Prozesse zu prüfen, und beim Fehlen derselben in einem Prozesse die Klage abzuweisen.[1])

Es kann aber andererseits die prozessuale Lage auch für alle Streitgenossen die gleiche sein, wie es z. B. der Fall ist, wenn die Zuständigkeit durch den gleichen Umstand bedingt ist. So der allgemeine Gerichtsstand des gemeinschaftlichen Beklagten bei aktiver Streitgenossenschaft:

Behauptet hier der Erschienene die Zuständigkeit des Gerichts gegen den Beklagten, so handelt er für den Ausgebliebenen mit. Umgekehrt praecludiert er den säumigen Genossen mit der Geltendmachung der Rüge eines Mangels, der sämtlichen Prozessen gemeinschaftlich ist, wenn er darauf verzichtet. (§ 295 C. P. O.)

Was für die prozessuale Voraussetzung die Regel ist, gilt auch von den civilrechtlichen Voraussetzungen des erstrebten Urteils.

[1]) Vgl. Reichsger. Bd. I S. 438, Wilmowski und Levy § 39 Ziff. 2.

Nur wo das gemeinsame Recht in Frage kommt, gilt der Säumige durch den Erschienenen als vertreten, wo dies nicht der Fall ist, findet § 62 C. P. O. keine Anwendung.

Solange nämlich eine materiell-rechtliche Verbindung nicht erwiesen ist, fehlt auch die prozessuale.[1])

Wird also dem Erschienenen seine Sach-Legitimation[2]) bestritten oder bestreitet er dieselbe, indem er z. B. nachweist, dass er gar nicht mehr Miteigentümer des Grundstücks ist, so wird ihm gegenüber die Klage abgewiesen, gegen den Ausgebliebenen dagegen ergeht Versäumnisurteil, denn es steht fest, dass zwischen ihnen keine prozessuale Verbindung infolge des Fehlens der materiellen besteht. Bestreiten dagegen die Streitgenossen dem einen Gegner gegenüber die Sach-Legitimation, so kommt hier die Vorschrift des § 62 zur Anwendung.

Es ist hier noch zu untersuchen, ob eine neue Klage, die von dem fleissigen Genossen neben der ursprünglichen erhoben ist, auch als von dem säumigen angestellt anzusehen ist. Eine solche Klage kann erhoben werden entweder über einen Gegenanspruch der selbst bereits beklagten Partei als Widerklage (§§ 33, 278 C. P. O.), oder über einen die Existenz oder die Nichtexistenz des ersten Anspruchs bedingenden, sogenannten praejudiciellen Anspruch als Incidentfeststellungsklage oder -Widerklage (§ 280 C. P. O.), z. B. innerhalb des anhängigen Servitutenstreites über Feststellung des Grundeigentums des angeblich Servitutberechtigten.

Im letzteren Falle wird man eine Vertretung annehmen müssen, denn die Incidentklage dient zur

[1]) Hachenburg S. 109 f. And. Mein. Hellmann Z. XVII S. 19 f.

[2]) Vgl. hierüber Planck, Lehrb. Bd. 1 S. 215, 218.

Förderung des Anspruchs sämtlicher Streitgenossen, hierdurch soll ein Rechtsverhältnis, welches für die erstrebten gleichen Urteile in Betracht kommt, für alle Streitgenossen festgestellt werden. Bei der Widerklage[1]) ist zu unterscheiden, ob sie allen Streitgenossen oder nur einem zusteht. Im ersten Falle gilt sie als für die säumigen Streitgenossen erhoben, im zweiten Falle besteht in Beziehung auf die Widerklage keine Streitgenossenschaft, es kann also § 62 C. P. O. keine Anwendung finden.

§ 12.

2. Bei Prozess beendenden Handlungen.

Wenn also die Frage, ob die Grundsätze der Vertretung auf prozessbetreibende Handlungen angewendet werden können, — gleichgültig, ob sie den „Vertretenen" günstig oder ungünstig sind — von allen Schriftstellern, mit Ausnahme von Hachenburg und Seuffert bejaht wird, so herrscht in Betreff der prozessbeendenden Handlungen, der sog. Dispositionsakte, sogar unter den Anhängern der Vertretungstheorie die grösste Uneinigkeit[2]). Diese sog. Dispositionsakte

[1]) Auch durch Widerklage entsteht eine Mehrheit von Prozessen. Sie unterscheiden sich von der durch Klagenhäufung bewirkten Prozessmehrheit foldendermassen:

Während Klagenhäufung nur durch gemeinsame Klageerhebung, nur bei Einleitung des Prozessrechtsverhältnisses zulässig ist, ist Widerklage auch im Laufe des Prozesses möglich (§§ 278, 281 C. P. O.); sie erfolgt formlos, während die Klagenhäufung nur unter Wahrung der Formalitäten der regelmässigen Klageerhebung (Zustellung eines Schriftsatzes) zustande kommt. Die Widerklage unterliegt also jedenfalls formell erheblich anderen Grundsätzen, als die Klagenhäufung. (Vgl. Löhning, Z. IV; Sartorius.)

[2]) Die Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten bei Wachenfeld S. 134 ist nach den neuen Auflagen der Commentare nicht mehr zutreffend und gestaltet sich jetzt folgendermassen:

haben eine prozessabschliessende Bedeutung, denn das Gesetz (§§ 81, 83 C. P. O.) spricht selbst von einer „Beseitigung des Rechtsstreits“ durch sie. Aus diesem Grunde nimmt Wachenfeld hier eine Vertretung nicht an, als im Widerspruch stehend mit dem Zweck des Gesetzes, welches den Säumigen vor Verlusten schützen will.

Wir haben nun aber schon gesehen, dass dieser Schutzzweck keinen Anhaltspunkt im Gesetz hat, ausserdem ist es gar nicht notwendig, dass der Ausgebliebene z. B. durch den Verzicht Verluste erleidet, denn hierdurch kann eine günstigere Lage geschaffen werden, als wenn unter Vergrösserung der Prozesskosten ein aussichtsloser Prozess weiter geführt würde.

Nach Reincke bezieht sich die Vertretung nur auf solche Prozesshandlungen, welche im Sinne des § 230 versäumt werden können: dies seien aber nur Prozesshandlungen im engeren Sinne, — Kohler (S. 60 ff.) nennt dieselben Prozessakte — welche von jenen Dispositionsakten — „Prozessrechtsgeschäfte“ — zu unterscheiden sind.

Aber wie die meisten Kommentare[1]) zu den §§ 54, 230 C. P. O. sehr richtig ausführen, gehören auch jene „Prozessrechtsgeschäfte“ zu den Prozesshandlungen.

Hierzu wird von der communis opinio auch der Vergleich gerechnet. Unbestritten ist, dass der Ver-

Es nehmen eine Vertretung in Bezug auf Anerkenntnis und Verzicht an: v. Amelunxen, Dreyer, Hellmann, Gaupp, Kisch, Petersen, Struckmann, Koch und Weismann; dagegen nicht: Hachenburg, Meyer, Reincke, Seuffert, Wachenfeld, Wilmowski und Levy; in Bezug auf Vergleich: v. Amelunxen, Dreyer, Gaupp, Hellmann, Petersen, Struckmann und Koch; dagegen nicht: Hachenburg, Kisch, Meyer, Reincke, Seuffert, Wachenfeld, Wilmowski und Levy.

[1]) Anders Planck, Lehrb. Bd. 1, S. 223, vgl. auch Kohler S. 60 ff.

gleich, der „nach Erhebung der Klage zur Beilegung des Rechtsstreits seinem ganzen Umfange nach oder in Betreff eines Teils des Streitgegenstandes“ (§ 794 No. 1 C. P. O.) abgeschlossen wird, an sich ein privatrechtliches Rechtsgeschäft ist und zwar

> „ein Vertrag, durch den der Streit . . . . über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird.“ § 779 B. G. B.

Seine Gültigkeit ist daher nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurteilen; es kann dieselbe nur mit einer Klage angefochten werden, nicht aber mit Rechtsmitteln oder Wiederaufnahme des Verfahrens, auch wenn er vor Gericht geschlossen wird. Manche erklären ihn, weil er im Termin zur mündlichen Verhandlung zum Sitzungsprotokoll abgeschlossen wird, für eine Prozesshandlung, aber nur die Beurkundung als solche ist Prozesshandlung, „das Beurkundete dagegen ist und bleibt Rechtsgeschäft in dem angegebenen Sinne.“ [1])

Der Vergleich löst also das Prozessrechtsverhältnis, ohne dass ein richterliches Urteil erfolgt.

Dass aus dem vor Gericht abgeschlossenen Vergleich die Zwangsvollstreckung stattfindet (§ 794, Ziff. 1, 2 C. P. O.), ist nur die Anwendung des auch im § 218 B. G. B. anerkannten Satzes, dass der Vergleich einem rechtskräftigen Urteile gleich zu achten ist. [2])

Da nun eine Vertretung auf keinen Fall über die Prozesshandlungen hinaus gehen darf, können wir eine Vertretung in Bezug auf den Vergleich nicht anerkennen.

---

[1]) Reichsgericht Bd. 19, S. 363.

[2]) Vgl. auch l. 20 C. de transact. II, 4: non minorem auctoritatem transactionum, quam rerum iudicatarum esse, recta ratione placuit, siquidem nihil ita fidei congruit humanae, quam ea, quae placuerant, custodiri.

v. Amelungen beruft sich für seine entgegengesetzte Meinung auf den § 81 C.P.O.[1]) Dieser Hinweis giebt uns zugleich die Antwort auf die Frage, ob eine „Vertretung" in Bezug auf Anerkenntnis und Verzicht zu rechtfertigen ist.

Aus den Motiven S. 103 ergiebt sich, dass bei der Ermächtigung zur Beendigung des Rechtsstreits vorzugsweise an den Anwaltsprozess und die Stellung des Anwalts gedacht ist.

> „Die allgemeine Prozessvollmacht kann nicht dahin verstanden werden, dass der Bevollmächtigte auch gegen seine im Laufe des Verfahrens gewonnene feste Ueberzeugung von der Nichtdurchführbarkeit der ihm übergebenen Rechtssache weiter prozessieren und durch die nutzlose Fortsetzung des Prozesses seine Anwaltsehre schädigen und seiner Partei nutzlose Kosten verursachen solle. Die Einräumung dieser weiteren Befugnisse an den Prozessbevollmächtigten liegt in der Konsequenz seiner Dispositionsrechte im Prozesse. . . . Es ist ferner ein innerer Widerspruch, wenn der Vertreter mit Wirksamkeit gegen seine Partei durch unterlassene Einlegung des Rechtsmittels die Rechtskraft eines Urteils

[1]) Hiernach sind die Prozessbevollmächtigten ermächtigt, „zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozesshandlungen . . . zur Beseitigung des Rechtstreit . . .; durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des vom Gegner geltend gemachten Anspruchs; zur Empfangnahme der von dem Gegner zu erstattenden Kosten.

Aus der Fassung dieses § geht hervor, dass der Vergleich nicht als eine den Rechtsstreit betreffende Prozesshandlung, sondern als eine Handlung angesehen wird, die zur Beseitigung des Rechtsstreits dient.

Dieser Schluss ist jedenfalls ebenso gerechtfertigt, wie der von v. Amelunxen.

zu Gunsten des Gegners herbeiführen kann und ihm gleichzeitig der direkte Weg der Anerkennung oder des Verzichts versagt wird."

Wenn wir dies zu Grunde legen, so sehen wir, dass kein Anlass vorliegt, eine „Vertretung" hinsichtlich der Prozessrechtsgeschäfte wie Anerkenntnis und Verzicht anzunehmen, hinsichtlich deren eine Vertretungsmacht dem Anwalt vom Gesetze nur aus dem Grunde eingeräumt ist, damit seine Anwaltsehre nicht geschädigt wird.

Davon kann bei der Streitgenossenschaft keine Rede sein, denn es führt hier jeder Streitgenosse nur seinen eigenen Prozess, jeder wird also darauf sehen, einen aussichtslosen Prozess möglichst schnell zu beendigen.

Ausserdem besteht der in den Motiven gekennzeichnete Widerspruch bei der notwendigen Streitgenossenschaft nicht. Denn es steht hier im Belieben jedes Genossen, für sich das Rechtsmittel einzulegen. Unterlässt der eine Genosse die Einlegung innerhalb der Rechtsmittelfrist, so ist das Rechtsmittel dem anderen Genossen, dessen Frist — er hat z. B. das Urteil später zugestellt — noch nicht abgelaufen ist, nicht verloren.

Noch ein Umstand spricht gegen die Annahme einer „Vertretung" bei Anerkenntnis und Verzicht.

§ 62 C. P. O. setzt richterliche Feststellung voraus; hier ist die Feststellung schon durch die Partei erfolgt. Eine Beurteilung der Sache selbst durch den Richter findet nicht mehr statt, er muss lediglich ein dem Anerkenntnis oder Verzicht entsprechendes Urteil fällen. §§ 306, 307 C. P. O.

Es enthalten also das „Anerkenntnis- und Verzichts-Urteil nicht die Feststellung des streitigen,

sondern die Feststellung eines unstreitigen Rechtsverhältnisses.[1] [2])

Der anhängige Prozess kann auch dadurch beendet werden, dass infolge von Klagänderung an seine Stelle ein neuer tritt.

§ 62 C. P. O. erstrebt, die mehreren Prozesse, für die Einheitlichkeit des Streitgegenstandes vorausgesetzt wird, in gleichem Rahmen weiter zu bewegen. Da es nun jedenfalls jedem Streitgenossen frei steht, seine Klage zu ändern, so dürfte eine „Vertretung" in dieser Hinsicht nicht angebracht sein:[3]) es wird durch die Klagänderung die Einheitlichkeit des Streit-

---

[1]) Kleinfeller Kr. V. 3. F. Bd 1, S. 112.

[2]) Es ist noch kurz auf eine eigentümliche Consequenz der Theorie von den Reflexwirkungen hinzuweisen:

Auf Grund des Anerkenntnisses des fleissigen Genossen soll nach Hachenburg (S. 66, 67) kein Anerkenntnisurteil gegen den Säumigen ergehen. Obwohl nun der Richter bei dem Anerkenntnis des einen Genossen und der Säumnis des anderen im contradictorischen Endurteil die Klage kaum abweisen kann, soll die Abweisung nach Hachenburg trotz des Anerkenntnisses nicht ausgeschlossen sein, mit andern Worten:

> „Das Anerkenntnis des Erschienenen wirkt nicht nur nicht gegen den Säumigen, sondern mit Rücksicht auf die Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung nicht einmal gegen den Anerkennenden selbst. Es äussert hiernach nicht nur die Thätigkeit des erschienenen Streitgenossen eine in der Verhinderung des Versäumnisurteils bestehende Reflexwirkung zu Gunsten des Säumigen, sondern ebenso geht umgekehrt von der Unthätigkeit des letzteren eine Reflexwirkung zu Gunsten des Erschienenen aus, der Art, dass dessen Anerkenntnis jeder positiven dispositiven Kraft entkleidet wird; der Erschienene wird zufolge dieser Ansicht so behandelt, als könne er für sich selbst nicht mit Rechtswirkung disponieren." Kleinfeller K. V. I. neue Folge XVI, S. 224.

[3]) Ebenso Wachenfeld S. 135; Wilmowski-Levy § 59, Ziff. 4; anders Hachenburg 43; Seuffert § 59, Ziff. 4.

gegenstandes aufgehoben und hiermit zugleich der gleiche Rahmen verlassen. Ausserdem findet die Vertretung nur statt,

> „weil der betreffende Verklagte auf Ladung zu erscheinen versäumt habe; dass dieser aber durch den nichtsäumigen Verklagten in Beziehung auf einen ganz anderen Klaganspruch vertreten werde, zu dessen Verhandlung er gar nicht geladen sei, gehe doch nicht an . . . Die blos prozessuale Vertretung des § 62 habe aber nicht die Bedeutung, dass nun der erschienene Verklagte Disponent über materielle Vermögensrechte des ausgebliebenen Verklagten werde.“ Rhein. Arch. Bd. 73. Abt. 2 S. 47.

Das Berufungsgericht verwarf allerdings diese Gründe: es geht von dem falschen Gesichtspunkt aus, dass in jedem Fall der notwendigen Streitgenossenschaft einheitlich entschieden werden muss.

3. Bei partieller Versäumnis.

Sind alle Genossen erschienen, so ist eine Fiktion der Vertretung eines Säumigen sehr wohl denkbar, denn säumig ist, wer den Termin nicht wahrnimmt: hierzu gehört aber Erscheinen und Verhandeln. § 333. C.P.O.

Verhandelt ein Genosse nicht, so ist er säumig, es treten also die Bestimmungen des § 62 ein.

Ob dies auch bei partieller Versäumnis d. h. wenn der Streitgenosse zwar verhandelt, aber eine Prozesshandlung versäumt, (z. B. zu den von den Uebrigen abgegebenen Erklärungen schweigt), der Fall ist, ist sehr bestritten.[1])

[1]) Dafür z. B. Hachenburg S. 44 f., Kisch S. 67 ff., Trutter S. 210. Dagegen Wachenfeld S. 139 f.

Nimmt man bei partieller Versäumnis[1]) keine „Vertretung“ an, so gilt, wenn alle übrigen Streitgenossen die behauptete Thatsache bestritten haben, dieselbe als von Seiten des Säumigen zugestanden; und wenn z. B. der eine Streitgenosse sich auf den zugeschobenen Eid erklärt, der andere nicht, so ist der Eid als von einem Genossen verweigert anzusehen und nach § 472 Abs. 2 C.P.O. zu verfahren. In diesen Fällen von einer Vertretung reden zu wollen, dürfte doch wohl etwas zu weit gegangen sein: für eine solche liegt kein Bedürfnis vor, da ja alle Genossen sich an der Verhandlung beteiligen.

Durch sein Schweigen verrät der Streitgenosse, dass er nicht bestreiten will, er will durch sein Schweigen eine gewisse Wirkung erzielen und bringt auch hierdurch den Prozess seinem Endziel, dem Urteil, näher. Er schafft für seinen Prozess ebensowohl eine neue rechtliche Situation, wie die Genossen, die die Thatsache bestreiten.

Die gegnerische Anschauung stützt sich darauf, dass jede Thatsache für alle Streitgenossen feststehen muss, denn gleiche Urteile setzen eine einheitliche Grundlage voraus.

„Jede[2]) zur Beschaffung von Urteilsgrundlagen geeignete Handlung eines Genossen äussert trotz

---

[1]) Die allgemeine Folge der Versäumnis ist Verlust der unterlassenen Prozesshandlung, und zwar tritt dieser Verlust erst mit dem Schluss des letzten Verhandlungstermins vor der Urteilsfällung ein. In den Fällen der §§ 43, 76, 85, 274, 295 C. P. O. entscheidet aber bereits ein früherer Zeitpunkt. Bei dem Unterlassen einer Erklärung auf gegnerische Angriffsmittel tritt ausser der Praeclusion noch eine positive Feststellung ein, z. B. gilt eine nicht bestrittene Thatsache als zugestanden (§ 138 C. P. O.), und durch die Verweigerung der Eidesleistung eines zugeschobenen Eides wird die gegnerische Behauptung festgestellt. (§ 452 C. P. O.)

[2]) Kisch S. 69.

der Unthätigkeit der anderen im Termine Anwesenden für sämtliche Prozesse die gleichen Wirkungen. Dies kann sie, weil die Verhandlung eine gemeinsame ist, dies muss sie, weil die Entscheidungen gleich sein sollen."

Wir haben schon oben ausgeführt, dass das Schweigen ebensowohl eine Urteilsgrundlage schafft, wie das Handeln. Weshalb nun die durch Schweigen geschaffene rechtliche Situation für die Urteilsfindung von geringerer Bedeutung sein sollte, ist unerfindlich. Dass ferner die Thätigkeit des einen Streitgenossen gleiche Wirkung für die Prozesse der andern äussern muss, lässt sich höchstens vom Standpunkte v. Amelunxens rechtfertigen.

Wenn also die notwendige Streitgenossenschaft „einheitlichen Gesichtspunkten unterliegen muss, soll sie sich als gesundes Rechtsinstitut bewähren",[1]) so können wir nur mit der communis opinio uns dahin äussern, dass dieselbe ein solches Rechtsinstitut nicht ist, weil sie ihren Zweck nicht erreicht, die Wirkung dagegen eine unerquickliche Divergenz der Urteile der höchsten Gerichte ist, ein Umstand,

„si propre à infirmer la confiance qu'il est nécessaire d'imprimer aux décisions des tribuneaux".[2])

Man könnte fortfahren,

que n'intervient pas le § 62.

§ 14.

4. Bei Unterbrechung eines Rechtsstreits.

Eine der bestrittensten Fragen unserer Materie ist es, ob die Vertretungsfiction auch Platz greift, wenn das Prozessrechtsverhältnis, abgesehen von den Prozesshandlungen, eine Aenderung erleidet, die zur

[1]) Kisch S. 69.

[2]) Boitard Bd. II, S. 374.

Folge hat, dass der Fortgang der mehreren Prozesse aufgehalten wird. Eine solche Aenderung kann erfolgen durch den Eintritt eines Ereignisses, welches das Prozessverhältnis von selbst unterbricht, z. B. durch den Tod oder den Konkurs (§§ 239, 240 C. P. O.) eines Streitgenossen, oder durch Aussetzung infolge Aussetzungsbeschlusses in den Fällen der §§ 246, 247 C. P. O.

In diesen Fällen soll auch der Prozess der übrigen Streitgenossen unterbrochen oder ausgesetzt werden. Hachenburg (S. 71 ff.) erklärt dies als Reflexwirkung.

Hier geht die Reflexwirkung von einem Naturereignis, einem unabwendbaren Zufall etc. aus, also nicht von Thatsachen, die einer der Streitgenossen geschaffen hat, und denen auch nicht eine rechtserhaltende Wirkung, wie sie Hachenburg für die Reflexwirkung des § 62 fordert, zukommt.

Diese Reflexwirkung also, welche jedenfalls nicht von einer Thätigkeit oder Unterlassung eines Streitgenossen ausgeht, würde eine ganz andere sein, als diejenige, welche Hachenburg seiner geistvollen Schrift zu Grunde gelegt hat.

Wenn auch die Entscheidung Hachenburgs trotz der Unzulänglichkeit der Erklärung als Reflexwirkung mit Rücksicht auf das gesetzliche Ziel zweckentsprechend zu sein scheint, so lässt uns hier die Vertretungsfiction gänzlich im Stich.

Wir stehen vor einer Lücke des Gesetzes, die allgemein[1]) durch Ausdehnen der Anwendung des § 62 C. P. O. ausgefüllt wird.

Aber weiter, als die gesetzliche Fiction reicht, kann von einer Vertretung nicht die Rede sein:

---

[1]) S. z. B. Kohler S. 102 Anm., Dreyer S. 18.

Hier haben wir aber gar keine säumige Partei, das Prozessverhältnis ist sowohl bei der Unterbrechung, wie bei der Aussetzung „abgeschnitten und existiert, vorbehaltlich der Wiederanknüpfung, nicht mehr“;[1]) es ist also auch die Streitgenossenschaft, die mehrere Prozesse voraussetzt, aufgelöst.

Wenn wir daher die Unterbrechung und Aussetzung sämtlicher Prozesse ablehnen müssen, so dürfte sich die Sachlage in der Praxis, wenigstens bei der Aussetzung des Verfahrens, anders gestalten, denn hier wird das Gericht regelmässig bei Aussetzung eines Prozesses auch die Vertagung der Verhandlung der anderen Prozesse von Amtswegen beschliessen.[2])

Eine Unterbrechung derselben kann erfolgen, ohne dass das Gericht oder die übrigen Streitgenossen dieselbe erfahren.

Hier ist das Gesetz eben unzureichend, und es liegt hier ein Fall vor, wo der Zweck desselben nicht erreicht wird.

Wir müssen daher auch die weiteren Folgerungen, die die Anhänger der entgegengesetzten Meinung[3]) ziehen, ablehnen:

Sind sämtliche Streitgenossen ausgeblieben, kann aber gegen einen derselben ein Versäumnisurteil nicht ergehen, wie z. B. bei nicht rechtzeitiger Ladung,[4]) so soll es auch nicht gegen die übrigen Streitgenossen erlassen werden.

Auch dies scheint zweckentsprechend zu sein, und gilt hier ebenfalls das oben Bemerkte. Weiterhin ist hier zu bemerken, dass nach dem Gesetze der Säumige als durch den Nichtsäumigen vertreten angesehen

[1]) Kohler, Grundr. S. 72.
[2]) § 228 C. P. O.
[3]) Hachenburg S. 45; Dreyer S. 18; Kisch S. 44; Troll S. 49.
[4]) § 335 C. P. O.

werde. Hier ist aber von Seiten des Streitgenossen nichts geschehen; wo also die Genossen gar nicht handeln, kann von einer „Vertretung nicht einmal fictionsweise gesprochen werden“.[1])

Auch hier gewährt die C. P. O. ein Mittel, welches das Auseinanderreissen der verbundenen Prozesses verhindern kann:

Das Gericht kann nämlich die Verhandlung über den Antrag auf Erlassung eines Versäumnisurteile von Amtswegen vertagen; dies aber nur in den Fällen des § 337 C P. O.[2])

In allen andern Fällen lässt uns das Gesetz im Stich.

Dass eine Bestimmung hierüber wünschenswert ist, zeigt die neue Oesterreichische C. P. O. § 402 Abs. 2.[3]) Ohne eine solche Bestimmung müssen derartige Auslegungen des § 62 C. P. O. abgelehnt werden.[4])

Wenn die Handlung des einen Streitgenossen die des anderen nicht ersetzt, so kommt nur die Handlung jedes einzelnen in Betracht, es wirkt also z. B. Verzicht und Anerkenntnis des einen Genossen ebenso wie die Unterbrechung seines Prozessrechtsverhältnisses nur auf seinen eigenen Prozess:[5])

„Zu einem anderen Resultate kann man überhaupt nicht gelangen, wenn man in der Streit-

[1]) Kleinfeller K. V. I. N. F. XVI. S. 229.

[2]) Vgl. z. B. Wilmowski und Levy § 302 (§ 337) Ziff. 1 C. P. O.

[3]) Der Antrag, gegen Streitgenossen wegen Versäumnis das Urteil zu fällen, ist beim Vorhandensein einer nach § 14 (gleich § 62 C. P. O.) zu beurtheilenden Streitgenossenschaft zurückzuweisen, wenn auch nur betreffs eines der Streitgenossen der Nachweis der Ladung fehlt oder eines der in Ziffer 2 angeführten Hindernisse obwaltet.

[4]) Ebenso Wachenfeld S. 139.

[5]) Vgl. die Entsch. in Z. X. S. 387.

genossenschaft eine Mehrheit von nur formell verbundenen Prozessen erblickt. Man müsste denn mit Hachenburg zur Reflexwirkung greifen.“ (Wachenfeld S. 140.)

Um zu einem brauchbaren Resultat zu gelangen, muss hier der § 286 C.P.O. aushelfen.

„Die konsequente Durchführung der das Gesetz beherrschenden Prinzipien fordert, dass die nur von einzelnen Streitgenossen eingeräumte Thatsache als bestritten gilt, bei der Beurteilung der Frage, ob diese bestrittene Thatsache als bewiesen anzunehmen sei, es der freien Würdigung des Gerichts unterliegen muss, welches Gewicht auf das Geständnis einzelner Genossen zu legen ist.“ (Nordd. Prot. Bd. II S. 1040).[1])

Dies gilt aber nur insoweit, als die betreffende Thatsache der Feststellung des Richters nicht entzogen ist. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn ein Streitgenosse eine Thatsache unbestritten gelassen oder zugestanden hat; hier kann der Richter dieselbe blos in Bezug auf die übrigen Streitgenossen feststellen.

Es ist also hier die Möglichkeit verschiedener Entscheidungen gegeben.

Wenn nun ein Streitgenosse säumig ist, die mehreren erschienenen Genossen aber im Termin sich widersprechen, so treten jedenfalls für den Säumigen die Versäumnisfolgen nicht ein, da ja im Termin verhandelt wird. Ist von diesen Handlungen die eine vertretbar, die andere nicht, so gilt die vertretbare auch für den Säumigen.

Ist der Richter in der Lage, sich eine eigene Ansicht zu bilden über den Widerspruch der Streitgenossen, so kann infolge der unteilbaren richterlichen

[1]) Mot. S. 83.

Ueberzeugung die rechtliche Situation in dem Prozess des Säumigen natürlich nur dieselbe sein, als diejenige, welche der Entscheidung in den Prozessen der Erschienenen vom Richter zu Grunde gelegt wird.

Ist aber die betreffende Thatsache der Feststellung des Richters entzogen (s. oben), also die Möglichkeit verschiedener Entscheidung gegeben, so heben sich nach den gewöhnlichen Grundsätzen die Erklärungen der verschiedenen Vertreter gegenseitig auf, für den Säumigen wird also nur die Versäumnis abgewehrt.

§ 15.

b. **Innerhalb einer Frist.**

Die gleiche „Vertretung", wie für die Terminsversäumnis besteht auch für den Fall der Versäumnis einer Frist, also auch einer Notfrist.[1])

Legt also z. B. einer der Genossen innerhalb der auch für die anderen Genossen noch laufenden Frist ein Rechtsmittel ein, so legt er dasselbe zugleich auch für die säumigen Genossen ein. Auch hier kommt es auf den Willen des Vertreters und des Vertretenen nicht an. Erklärt z. B. ersterer nur für sich handeln zu wollen, so ist dies ohne Bedeutung: soweit er für sich handelt, „vertritt" er zugleich die säumigen Genossen. Damit die Einlegung des Rechtsmittels auch für die Säumigen wirkt, ist es also nicht nötig, dass im Termin zur mündlichen Verhandlung der Antrag auf Abänderung des Urteils zu Gunsten sämtlicher Streitgenossen gestellt wird:[2]) in diesem Falle wäre die fingierte Vertretung illusorisch.

---

[1]) Notfristen: zur Einlegung des Einspruchs (§ 339 C. P. O.), eines Rechtsmittels (§§ 516, 552, 577 C. P. O.), der Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 586 C. P. O.), der Anfechtungsklage gegen Ausschlussurteil (§ 958 C. P. O.), und gegen Schiedsspruch (§ 1044 C. P. O.)

[2]) Anders Wilmowski und Levy § 59, Ziff. 4.

Diese „Vertretung“ findet aber nur dann statt, wenn die Frist für den säumigen Streitgenossen noch läuft.[1]) War die Frist, die für jeden Streitgenossen besonders läuft, für den säumigen schon abgelaufen, so nützt ihm das Rechtsmittel, das von dem Handelnden eingelegt wurde, nichts.

Für seine entgegengesetzte Meinung beruft sich Hachenburg auf die Analogie von § 521 C. P. O., wonach der Berufungsbeklagte sich der Berufung anschliessen kann, selbst wenn die Berufungsfrist verstrichen ist. Hiergegen führt Hellmann (Z. XVII S. 13) sehr richtig aus:

> „Ganz abgesehen davon, dass hier die Regel zu berücksichtigen wäre:
>
> > „jus singulare non est producendum ad consequentias,“
>
> fehlt es für die Analogie an allen Enden. In § 521 wird durch die Gestattung der Anschliessung ausgesprochen, dass der Berufungsbeklagte auch seinerseits das angefochtene Urteil solle anfechten können, obwohl er das Rechtsmittel der Berufung nicht erhoben oder sogar auf dasselbe verzichtet habe. In § 62 wird der Streitgenosse des betreibenden Berufungsklägers so behandelt, als hätte er selbst das Rechtsmittel eingelegt. . . . . In § 521 wird die prozessuale Stellung des Prozessgegners geregelt, in § 62 die des Genossen.“

Nach § 522 verliert die Anschliessung ihre Wirkung, wenn die Berufung zurückgenommen wird. Hachenburgs Ansicht zwingt hier zu folgender Konsequenz: Da durch die Einlegung der Berufung infolge der „Anschliessung“ die Sache auch für den Säumigen in

[1]) Gaupp. Ziff. III, 5, 6.

der Berufungsinstanz anhängig wird, so wird durch die Zurücknahme der Berufung von Seiten des nichtsäumigen Genossen die Rechtshängigkeit für den anderen nicht berührt.[1]) In diesem Falle wird also hinsichtlich der Sache des Säumigen in der Berufungsinstanz entschieden, obwohl in der für dieselbe laufenden Frist die Einlegung der Berufung nicht erfolgte.

Es handelt sich bei der Wahrung der Frist nicht nur um die Abwehr der Praeclusion, sondern der fristversäumende Genosse nimmt an der Rechtsmittelinstanz Anteil, d. h. er wird so behandelt, als hätte er das Rechtsmittel selbst eingelegt.[2])

Die Konsequenz ist, dass er auch in jedem Termin der Rechtsmittelinstanz als vertreten gilt; er kann sich daher ohne weitere Beitrittserklärung an der Verhandlung persönlich beteiligen. Hieraus ist die weitere Folgerung abzuleiten, dass derjenige, welcher das Rechtsmittel eingelegt hat, durch sein Verhandeln im Termin die Folgen der Versäumnis abwenden kann, wenn der Einlegende nicht erschienen ist, und dies sogar in dem Falle, wenn für ihn die Frist für die Einlegung abgelaufen wäre. Hierbei ist aber immer zu berücksichtigen, dass zur Zeit der Rechtsmitteleinlegung auch für den Säumigen die Frist noch nicht abgelaufen sein darf.

[1]) Hierüber s. unten.

[2]) So entschied das Reichsgericht, Bd. 13, S. 292, dass die nach Ablauf der Berufungsfrist von dem einen Streitgenossen erhobene Berufung als unzulässig zu verwerfen sein würde, sofern nicht nach § 62 C. P. O. hinsichtlich der Wahrung der Berufungsfrist der säumige durch den nicht säumigen Streitgenossen vertreten wird. Ferner betont das R. G. Bd. XVII, S. 359, dass der von dem erschienenen Streitgenossen gestellte Antrag auf Zurückweisung der Revision auch als von den ausgebliebenen gestellt anzusehen sei. Vgl. auch die bei Hellmann Z. XVII, S. 8 citirten Entscheidungen des Bayr. obersten L. G.

Gemäss §§ 62 Abs. 2, 63 C. P. O. muss der Säumige zum Termin geladen werden,[1]) und es müssen ihm die gegnerischen Schriftsätze zugestellt werden. Der gemeinschaftliche Gegner kann auch ihm gegenüber die Anschliessung wirksam erklären, sodass auch für ihn eine ungünstige Abänderung des vorinstanzlichen Urteils herbeigeführt werden kann.[2])

Ob nun der Streitgenosse, der das Rechtsmittel eingelegt und dadurch die Notfrist für die Uebrigen gewahrt hat, dieses Rechtsmittel, bevor die übrigen Streitgenossen in der Rechtsmittelinstanz handelnd aufgetreten sind, mit Wirkung für dieselben gemäss § 515 C.P.O. zurücknehmen kann, ist sehr zweifelhaft.[3]) Jedoch scheint die Verneinung der Frage die zweckentsprechende Lösung zu sein.

Den Streitgenossen ist nämlich durch die Einlegung des Rechtsmittels ein Recht erwachsen, das ihnen ohne ihre Zustimmung nicht genommen werden darf. Im anderen Falle wären die Streitgenossen dem thätigen Genossen schutzlos überliefert. Denn durch die Zurücknahme geht das Rechtsmittel verloren — und für eine abgelaufene Frist kann weder der „Vertreter", noch die Partei selbst (ausser in den Fällen der §§ 233 ff. C.P.O.) eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erwirken.

[1]) Hat der betreibende Streitgenosse die übrigen nicht zum Termine geladen, so könnte, da auch der Gegner darauf Anspruch hat, dass alle Parteien ordnungsmässig geladen werden (vgl. Bl. f. R. A. Bd. 55, S. 119), gemäss § 335 Abs. II C. P. O. überhaupt ein Versäumnisurteil nicht ergehen. In diesem Falle wird das Gericht von Amtswegen die Verhandlung auf Kosten des betreibenden Streitgenossen vertagen. (§§ 228, 95 C. P. O. Vgl. Fitting, Arch. f. c. P. Bd. 61, S. 416.)

[2]) Vgl. hierüber R. Schmidt, S. 560.

[3]) Dafür z. B. Kisch S. 113 (ohne Begründung); dagegen Wilmowski und Levy § 59, Ziff. 4.

Legen also z. B. von mehreren Streitgenossen A. und B. Berufung ein und laden die übrigen Streitgenossen zur Verhandlung. so ist das Rechtsmittel, wenn B. vor der mündlichen Verhandlung, nachdem aber die Frist für sämmtliche Streitgenossen schon abgelaufen ist. die Berufung zurücknimmt, den „säumigen“ Streitgenossen verloren: Da nach den gewöhnlichen Grundsätzen, die einander entgegengesetzten Handlungen mehrerer „Vertreter“ einander aufheben, so wäre in unserm Falle die Sache so anzusehen, als ob überhaupt keine Berufung von Seiten der „Säumigen“ eingelegt wäre. Für die Genossen also, die sich durch die Bestimmung des § 62 C.P.O. geschützt glaubten, ist das Rechtsmittel verloren.

Es dürfte jedenfalls zweckentsprechender sein, hier eine Vertretung nicht anzunehmen.

Sehr bestritten ist, ob eine notwendige Streitgenossenschaft erster Instanz auf den Lauf der Rechtsmittelfristen von Einfluss ist.

Es wird nämlich gelehrt.[1]) dass die Zustellung des Urteils durch den einen Streitgenossen die Frist für alle in Lauf setzt, sodass sie auch zu Gunsten derjenigen Streitgenossen abläuft, welche nicht zugestellt haben, dass aber umgekehrt die Zustellung an einen Streitgenossen nicht auch als an[2]) die anderen erfolgt gilt.

Nach der erwähnten Ansicht würde also mit der Zustellung seitens des einen Streitgenossen die Be-

---

[1]) So z. B. Dreyer S. 39; R. G. Bd. 34 S. 364 J. W. 1883 S. 5, No. III; Seuffert Arch. Bd. 39, S. 199. Anderer Meinung z. B. Hellmann Z. XVII, S. 17; Kisch S. 114 ff. und J. W. 1886, S. 9.

[2]) Dies letztere wird übereinstimmend von Theorie und Praxis angenommen, wohl die einzige nicht bestrittene Frage aus dem Gebiete der notwendigen Streitgenossenschaft,

rufungsfrist nicht allein für den Zustellenden und den Gegner, (§ 221, Abs. 2) sondern auch für die andern Streitgenossen eröffnet, obgleich dieselben von der Urteilszustellung vielleicht gar keine Kenntnis haben.

Hier kommt nun zunächst in Betracht, dass nach dem Wortlaut des § 62 nur für den Fall der Versäumung einer Frist oder eines Termins die säumigen Streitgenossen als durch die nichtsäumigen vertreten angesehen werden.

Nun wird aber durch die Zustellung des Urteils die Rechtsmittelfrist erst eröffnet, weshalb hier von der Versäumnis einer Frist nicht die Rede sein kann. Man kann also auch nicht davon sprechen, dass der Streitgenosse, welcher sein Urteil dem Gegner zustellt, hierbei die übrigen „vertritt".

Die entgegengesetzte Ansicht vertritt das Reichsgericht (Bd. 30 S. 346) entgegen seiner früheren Entscheidung,[1]) indem es von der Erwägung ausgeht, dass andernfalls der einzelne Streitgenosse nicht in der Lage sein würde, die Rechtskraft des Urteils herbeizuführen.

Wenn diese Ansicht auch auf den ersten Blick sehr einleuchtend erscheint, so dürfte sie doch wohl nicht stichhaltig sein. Bei der einfachen Streitgenossenschaft, wo eine einheitliche Entscheidung nicht erforderlich ist, muss die Berufsschrift jedem Streitgenossen, dem gegenüber das Urteil angefochten werden soll, rechtzeitig zugestellt werden, was gemäss § 516 C. P. O. frühestens zugleich mit der Urteilszustellung an jeden Genossen möglich ist. Aber auch bei der notwendigen Streitgenossenschaft müssen wir zu demselben Resultate gelangen. Denn da ein Fall der „Vertretung" des § 62 C. P. O. bei der Urteilszustellung nicht gegeben ist, wie wir schon oben gesehen, so greifen auch für

---

[1]) Gruchot Bd. XXX, S. 725 = J. W. 1886 S. 9.

die Streitgenossen in dem Falle, wo nur einheitlich entschieden werden kann, die Bestimmungen des § 61 Platz:[1]) Es äussern also die Handlungen des einen Streitgenossen, insbesondere auch Urteilszustellungen, für die anderen keine rechtliche Wirkung.

Da nun der Gegner das Rechtsmittel innerhalb der Frist sämtlichen Streitgenossen gegenüber einlegen muss, so wird das Urteil schon dadurch, dass er die Einlegung einem Streitgenossen gegenüber verabsäumt, formell rechtskräftig.[2])

Es bleibt nun noch die Frage zu beantworten, welche Wirkung eine Einzelberufung hat, wenn z. B. der gemeinsame Gegner die Berufung nur einem Streitgenossen gegenüber ergreift, oder wenn ein Streitgenosse seine Berufung betreibt, während für die anderen die Rechtsmittelfrist schon abgelaufen ist. Die Ansichten über diese Frage sind sehr geteilt.

Nach der einen Ansicht ist sie wegen Nichtbeteiligung der übrigen Genossen formell unzulässig, daher a limine zurückzuweisen, nach der anderen materiell unbegründet, daher in der Sache selbst zurückzuweisen; oder mit anderen Worten: im letzteren Falle liegt res iudicata vor, im ersteren kann in formell zulässiger Weise noch einmal geklagt werden.

Prozessual ist die Berufung jedenfalls zulässig.

Das einheitliche Urteil besteht thatsächlich aus einer Mehrheit von Entscheidungen, und für jede derselben ist begrifflich die Möglichkeit gegeben, dieselbe mit Rechtsmitteln anzufechten. Wie nun einer Einzelklage niemals eine prozesshindernde Einrede (exc. plur. litisc.) entgegengesetzt werden kann, dieselbe formell also zulässig ist, so ist es auch die Einzelberufung. Denn nicht bilden die Streitgenossen erster

[1]) J. W. 1886 S. 9; Bl. f. R. A. Bd. 59, S. 191.

[2]) So auch Seuff. § 477, 1 c.

Instanz eine Gesamtheit, — wie die Gegner[1]) dieser Anschauung annehmen —, sodass auch die Berufung nur von der Gesamtheit ausgehen könnte.

Nach den Grundsätzen des Prozessrechts ist der Streitgenosse jedenfalls nicht an die Streitgenossenschaft gebunden, da er z. B. durch Verzicht auf das Rechtsmittel oder zur Rücknahme desselben aus derselben ausscheiden kann.

Umgekehrt ist er auch befugt, den Rechtsstreit in der Rechtsmittel-Instanz allein durchzuführen,[2]) denn sein Recht auf Berufung kann und darf ihm nicht durch die Willkür der übrigen Streitgenossen genommen werden.

Ob dagegen nach dem Austritt eines Streitgenossen die anderen noch im Prozess siegen können, hängt davon ab, ob sie ohne den Ausgetretenen klagen oder ihre Verteidigung führen können; ist dies nicht der Fall, so ist die Berufung allerdings als materiell unbegründet zurückzuweisen. Dasselbe Resultat würde sich ergeben, wenn in erster Instanz der Berufungskläger allein geklagt hätte, also gar keine Streitgenossenschaft bestanden hätte.

Kann dagegen z. B. ein unteilbares Recht durch oder gegen einen einzelnen Streitgenossen geltend gemacht werden, so ist, wie die Einzelklage, auch die Einzelberufung materiell begründet.

Die ganze Frage hängt also lediglich von der Natur des bürgerlichen Rechts ab[3]) und hat mit der Streitgenossenschaft als einem prozessualen Rechts-Institut nichts zu thun.

Führt nun ein einzelner Streitgenosse die Berufung mit Erfolg durch, so erstreckt sich gemäss

[1]) S. z. B. Seuff. Arch. N. F. 9 (39) S. 199.
[2]) Ebenso Seuffert § 272. Ziff. 2 a.
[3]) R. G. Bd. XIII S. 409.

den obigen Ausführungen die Rechtskraft des Berufungsurteils nicht notwendig auf die Genossen der unteren Instanz.[1])

Denn wie schon oben ausgeführt, darf der Wunsch des bürgerlichen Rechts niemals eine Ausnahme von den prozessualen Grundsätzen begründen. Wird von der Mehrheit der Entscheidungen nur eine angefochten, so kann auch nur ein einziges Berufungsurteil ergehen; es kann also „das von der thätigen Partei angefochtene Urteil" die unthätige nicht mit umfassen.[2])

Wird nun eine Frist von allen Streitgenossen versäumt, und erlangt einer derselben die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, so fragt es sich, ob dieselbe auch den übrigen Streitgenossen nützt.

Benutzt der wiedereingesetzte Streitgenosse die wiedergewonnene Frist zur Nachholung der versäumten Prozesshandlung,

> „so ist man berechtigt zu sagen,[3]) dass ein Nichtsäumiger handelt und im Sinne des § 62 die Säumigen vertritt.
>
> Nicht die Wiedereinsetzung ist es, welche nachträglich für alle wirkt, sondern die nachträglich zur Wahrung der Frist vorgenommene Handlung."

Hieraus folgt, dass die Handlung des „Nichtsäumigen" nicht durch die eines anderen ersetzt werden kann.[4])

---

[1]) Ebenso d. R. G. bei Gruchot Bd. 34, S. 1154.
[2]) Anders Hachenburg S. 74.
[3]) Kleinfeller K. V. I. N. F. XVI, S. 230.
[4]) Anders Hachenburg S. 49.